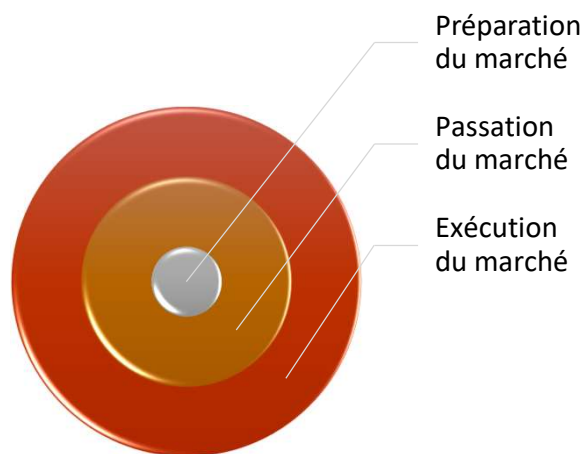


Initiation au droit des marchés publics

Association des Maires, Adjointes et Présidents d'EPCI de la Sarthe
Formation
30 septembre 2020

1

Plan de la formation



2

I. Les personnes soumises au CCP

A. Les pouvoirs adjudicateurs

☞ Les pouvoirs adjudicateurs, conformément à l'article L.1211-1 du CCP, recouvrent trois catégories de personnes :

- Outre les personnes morales de droit public ;
- Les personnes morales de droit privé qui répondent à certaines conditions ;
- Et les personnes morales de droit privé constituées par des pouvoirs adjudicateurs dans le but de réaliser certaines activités en commun.

☞ Les personnes morales de droit public soumises au code sont, par exemple, l'Etat et ses établissements publics à caractère administratif comme à caractère industriel ou commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

3

I. Les personnes soumises au CCP

1. L'Etat et ses établissements publics

☞ Sont également des pouvoirs adjudicateurs, du fait qu'il s'agit de personnes morales de droit public, les démembrements de l'Etat dotés d'une personnalité juridique propre, à savoir :

- Les établissements publics administratifs (EPA) ainsi que les établissements assimilés, reconnus par la jurisprudence comme une variété d'établissement public administratif :
 - Les établissements publics à caractère culturel (EPCC)
 - Les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel (EPSCP) : ex: Collège de France
 - Les établissements publics à caractère scientifique et culturel (EPSC) : ex : universités

4

- Les établissements publics d'enseignement supérieur ;
- Les établissements publics à caractère scientifique et technologique (EPST) pour les achats qui ne sont pas directement liés à leurs activités de recherche : ex : Centre national de la recherche scientifique (CNRS);
- Les établissements consulaires : ex : chambres de commerce et d'industrie ;
- Les établissements publics de santé (EPS) : toutefois soumis aux seuils applicables aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux;
- Les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC): RATP
- Les groupements d'intérêt public (GIP).

5

1.2. Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux

- Les collectivités territoriales métropolitaines, qu'elles relèvent du droit commun (communes, départements, régions) ou qu'elles soient dotées d'un statut spécifique (communes de Paris, Lyon, Marseille ; communes d'Alsace-Moselle), sont autant de pouvoirs adjudicateurs du fait de leurs statuts de personnes morales de droit public.
- Tous les établissements publics des collectivités territoriales sont des pouvoirs adjudicateurs, qu'ils revêtent un caractère administratif ou industriel et commercial.
- Les associations syndicales autorisées doivent être considérées comme des établissements publics rattachés aux collectivités territoriales.

2. Les pouvoirs adjudicateurs «personnes morales de droit privé poursuivant une mission d'intérêt général»

- Le statut de la personne morale (public ou privé) est indifférent pour la qualification de pouvoir adjudicateur.

6

☐ Sont des pouvoirs adjudicateurs les « personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et dont :

« a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;

« b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;

« c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ».

7

☐ Le critère de personnalité juridique ne pose pas de difficulté dès lors que l'entité dispose de la personnalité juridique et qu'elle est dotée d'une capacité juridique et peut donc en principe conclure des contrats.

☐ Disposent ainsi de la personnalité juridique les sociétés, associations, groupements d'intérêts économiques, etc.

☐ Une activité répond à un besoin d'intérêt général lorsqu'elle profite à la collectivité et qu'une personne publique pourrait, à ce titre, la prendre en charge.

☐ *A contrario*, certaines personnes morales de droit privé, étroitement liées à des personnes morales de droit public, n'ont pour autant pas nécessairement la qualité de pouvoir adjudicateur.

☐ L'absence de concurrence ne doit pas être considérée comme une condition *sine qua non* à la reconnaissance d'une personne morale de droit public puisque la notion de besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'exclut pas des besoins qui sont également satisfaits ou pourraient l'être par des entreprises privées.

8

2. Lien avec un pouvoir adjudicateur

2.1. Financement majoritaire par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres personnes morales de droit public

- ☐ S'agissant de la notion de financement public, seuls les financements versés sans contrepartie spécifique aux activités de la personne morale de droit privé concernée peuvent être qualifiés de « financement public ».
- ☐ Sur le caractère « majoritaire » du financement public, la CJUE précise que « le terme « majoritairement » doit être interprété comme signifiant « plus de la moitié ».

2.2 Gestion soumise à un contrôle par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres personnes morales de droit public

- ☐ Le contrôle requis se caractérise par la capacité d'influencer les décisions de la personne morale de droit privé concernée. Ce doit être un contrôle actif.
- ☐ L'hypothèse d'un simple contrôle *a posteriori* ne suffit pas à considérer que le critère du contrôle de gestion est satisfait.

9

- ☐ Si la personne morale de droit privé jouit d'une autonomie organisationnelle et budgétaire et que le contrôle ne s'effectue qu'*a posteriori*, le juge considère qu'il y a absence de tutelle ou de contrôle sur cette personne.

3. Les pouvoirs adjudicateurs « organismes de droit privé constitués par des pouvoirs adjudicateurs ».

- ☐ Le CCP s'applique aux organismes de droit privé qui ont été constitués par des pouvoirs adjudicateurs dans l'objectif de réaliser certaines activités en commun.
- ☐ On peut notamment y rassembler les groupements et associations formés par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou un ou plusieurs organismes de droit public. Ex: les sociétés publiques locales (SPL).

10

4. Les autres personnes privées

- ☞ En principe, les personnes privées, qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices, ne relèvent pas du champ d'application du CCP. Néanmoins, il en va autrement :
- Lorsqu'une personne privée agit comme mandataire d'un acheteur ou d'une autorité concédantes soumise au code, elle doit, pour les contrats passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions du code. Les conventions de mandat sont elles-mêmes soumises au CCP ;
 - Les personnes morales de droit privé qui participent à un groupement de commandes avec des personnes publiques soumises au code doivent, pour leurs achats effectués dans le cadre du groupement, appliquer les règles prévues par le CCP ;
 - Enfin, lorsqu'une association se révèle transparente, compte tenu de son mode de contrôle et de ses ressources, elle doit appliquer les règles des marchés applicables à la personne publique dont elle relève.

11

En application de l'article L.2100-2 du CCP, *les contrats passés par des personnes de droit privé qui ne sont pas des acheteurs mentionnés à l'article L.1210-1 et qui sont subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur sont soumis au code, à l'exception des chapitres Ier à III et du chapitre VI du titre IX du présent livre, lorsque les conditions suivantes sont réunies :*

1° La valeur estimée HT du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens ;

2° L'objet du contrat correspond à l'une des activités suivantes :

a) Des activités de génie civil figurant au 1° de l'article L.1111-2 du CCP ;

b) Des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments à usage administratif ;

c) Des prestations de services liés aux travaux mentionnés au présent article.

Toutefois, par dérogation à l'article L.2113-10 du CCP, ces contrats ne sont pas soumis à l'obligation d'allotissement.

12

I. Les personnes soumises au CCP

B. Les entités adjudicatrices

☐ Les entités adjudicatrices, conformément à l'article L.1212-1 du CCP sont :

- *Les pouvoirs adjudicateurs exerçant une des activités d'opérateur de réseaux ;*
- *Les entreprises publiques qui exercent une de ces mêmes activités d'opérateur de réseau lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ;*
- *Et les organismes de droit privé qui ne sont ni des pouvoirs adjudicateurs ni des entreprises publiques lorsqu'ils bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité.*

13

☐ La qualification d'entité adjudicatrice suppose de remplir un critère organique et un critère matériel.

☐ *Ainsi, les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs ou les entreprises publiques ou les organismes de droit privé qui exercent une activité d'opérateur de réseaux dans les secteurs de l'énergie (gaz, chaleur, électricité, etc.), de l'eau, des transports et des services postaux (articles L.1212-1, L.1212-3 et L.1212-4 du CCP).*

☐ Comme pour la qualification de pouvoir adjudicateur, celle d'entité adjudicatrice nécessite une analyse au cas par cas.

14

1. Le critère organique: les personnes soumises aux dispositions de la directive 2014/25/UE

1.1 Les entités adjudicatrices « pouvoir adjudicateur » :

Sont des entités adjudicatrices les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article L.1212-3 du CCP.

1.2. Les entités adjudicatrices « entreprises publiques »

Le 2° de l'article L.1212-1 du CCP précise que *les entreprises publiques, qui ne seraient pas des pouvoirs adjudicateurs, peuvent néanmoins être qualifiées d'entités adjudicatrices dès lors qu'elles exercent une des activités d'opérateur de réseaux* (art. L.1212-3 du CCP).

15

1.3. Les entités adjudicatrices « organismes de droit privé »: *Peuvent être qualifiés d'entités adjudicatrices les organismes de droit privé qui, n'étant ni des pouvoirs adjudicateurs, ni des entreprises publiques, exercent une activité d'opérateur de réseaux sur la base de droits spéciaux ou exclusifs pris en vertu d'une disposition légale (3° de l'article L.1212-1 du CCP).*

2. Le critère matériel : les activités d'opérateurs de réseaux

☐ La directive « secteurs spéciaux » a pour objet de fixer des règles communes de passation des marchés dans des secteurs où la libre concurrence n'est pas acquise du fait soit, de l'influence des autorités nationales sur les opérateurs, notamment par des participations dans leur capital, soit, de l'octroi par les États membres de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service concerné.

16

☞ Il s'agit de :

- L'Energie (production, transport et distribution du gaz) sauf exception
- L'eau
- L'exploitation d'une aire géographique (extraction de pétrole ou de gaz, prospection ou l'extraction de charbon ou d'autres combustibles solides)
- Les aéroports ports maritime sou fluviaux et autres terminaux de transport
- Les transports
- Les services postaux.

17

☞ On peut constater néanmoins des spécificités de procédure de passation des marchés selon qu'il s'agisse d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice.

Ainsi, pour les appels d'offres restreints comme pour les procédures négociées avec publicité préalable, le délai minimal de réception des candidatures varie : 30 jours pour les pouvoirs adjudicateurs à compter de la date d'appel à la concurrence, 15 jours pour les entités adjudicatrices.

☞ Quant au délai minimal de réception des offres, il est en principe de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner pour les pouvoirs adjudicateurs mais peut être réduit dans certaines conditions, notamment si un commun accord est trouvé avec les candidats sélectionnés, le délai ne pouvant en tout état de cause être inférieur à dix jours.

☞ Quant aux entités adjudicatrices, elles ont la liberté de fixer le délai minimal de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés ou de façon unilatérale mais, dans cette seconde hypothèse, ne peuvent retenir un délai inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation.

18

Préparation du marché

19

Préparation du marché

- ☐ *En principe, le conseil municipal est seul compétent pour délibérer en matière de marchés publics (art. L 2122-21, 6° du CGCT). Le Maire applique les décisions du conseil municipal et exécute les marchés sous son contrôle.*
- ☐ *Toutefois, le conseil municipal peut donner délégation au Maire. Selon l'article L.2122-22-4° du CGCT « Le Maire peut, en outre, par délégation du conseil municipal, être chargé, en tout ou partie, et pour la durée de son mandat : de prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres ainsi que toute décision concernant leurs avenants, lorsque les crédits sont inscrits au budget »;*
- ☐ *Pour les marchés pour lesquels le Maire n'a pas de délégation, le Conseil municipal a le choix de prendre soit une délibération avant le début de la procédure, soit une délibération pour habiliter le Maire à signer le contrat à la fin de la procédure.*

20

Compétences du conseil municipal

☐ *La délibération du conseil municipal chargeant le Maire de souscrire un marché déterminé peut être prise avant l'engagement de la procédure de passation de ce marché. Elle comporte alors obligatoirement la définition de l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché (art. L 2122-21-1 du CGCT).*

☐ Montant prévisionnel du marché = montant global de l'opération.

☐ Si la délibération est prise avant le début de la procédure, la publication de l'estimation du montant du marché donne une indication sur les sommes provisionnées par la collectivité pour satisfaire le besoin qu'elle a identifié.

21

II. LES GRANDS PRINCIPES

Article 3 du CCP : « Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le **principe d'égalité de traitement des candidats** à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les **principes de liberté d'accès et de transparence des procédures**, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

22

A. DEFINITION DU BESOIN

- ☞ La nature et l'étendue des besoins doivent être définis précisément.
- ☞ La description précise du besoin en termes performanciers ou en référence à des spécifications techniques données est une condition nécessaire à la bonne compréhension, par les soumissionnaires, de l'objet et des caractéristiques du marché public.
- ☞ Une définition précise des besoins par l'acheteur permet notamment de procéder à une estimation fiable du montant du marché public.
- ☞ D'un point de vue juridique, l'absence ou l'insuffisance de définition du besoin est susceptible de constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

23

1. Comment l'acheteur doit-il déterminer ses besoins ? 1.1. Les besoins doivent être déterminés par référence à des spécifications techniques

- ☞ L'acheteur doit traduire le besoin dans un document contractuel, en principe le cahier des clauses techniques particulières (CCTP). Les opérateurs économiques sont tenus de remettre une offre conforme à ce cahier des charges.
- ☞ L'acheteur doit définir ses besoins en recourant à des spécifications précises, qui ont pour objet de décrire les prestations faisant l'objet du marché public.
- ☞ A cet égard, une offre d'un candidat qui ne respecte pas une spécification technique doit être rejetée par le pouvoir adjudicateur en tant qu'elle constitue une offre irrégulière au sens des articles L. 2152-2 du CCP.
- ☞ Usuellement, ces spécifications sont les prescriptions techniques qui décrivent les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service. Mais elles peuvent également se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou à une caractéristique du cycle de vie.

24

En tout état de cause, ces spécifications techniques doivent être liées à l'objet du marché public et proportionnées à sa valeur et à ses objectifs.

L'acheteur peut :

- Se référer à des normes (ou à d'autres documents préétablis), approuvés par des organismes reconnus, notamment par des instances professionnelles en concertation avec les autorités publiques nationales ou européennes. Il s'agit d'une évaluation technique européenne, d'une spécification technique commune ou d'un référentiel technique.
- Exprimer les spécifications techniques, en termes de performance à atteindre ou d'exigences fonctionnelles. **Par exemple**, pour un marché de vêtements de pompier, le pouvoir adjudicateur peut exiger, au titre des spécifications techniques, un tissu résistant au minimum à tel degré de chaleur ou de pression d'eau chaude, avec des renforts ou un poids maximal identifiés.

25

☑ L'acheteur a la possibilité de combiner les deux catégories de spécifications techniques. Ainsi, pour un même produit, service ou type de travaux, il peut faire référence à des normes pour certaines caractéristiques et à des performances ou exigences fonctionnelles pour d'autres caractéristiques.

☑ Les spécifications techniques doivent être objectives et neutres, et ne sauraient avoir pour effet de fausser la concurrence en créant une discrimination entre les opérateurs économiques.

☑ Elles ne peuvent mentionner une marque, un brevet ou un type qui auraient pour objet ou pour effet de favoriser ou d'écarter certains produits ou services.

L'acheteur peut y recourir à titre exceptionnel, lorsqu'il lui est impossible de déterminer autrement, une description technique précise de l'objet du marché et à la condition expresse que ces références soient accompagnées de la mention « *ou équivalent* ».

26

1. Comment l'acheteur doit-il déterminer ses besoins ?

1.2. L'acheteur doit prendre en compte les préoccupations de développement durable dans la définition de ses besoins

- ☞ Lorsqu'il détermine la nature et l'étendue de ses besoins, l'acheteur doit prendre en compte « *des objectifs de développement durable dans leur dimension économique, sociale et environnementale* ».
- ☞ Toutefois, il ne lui est pas imposé de retenir un critère écologique au sein des critères de choix des offres.
- ☞ En effet, il peut également satisfaire à cette obligation notamment par référence à des spécifications techniques, par la prise en compte de labels, de normes écologiques, de clauses d'exécution, etc.

27

- ☞ L'acheteur doit accepter tout autre moyen de preuve approprié lorsqu'un opérateur économique n'avait manifestement pas la possibilité d'obtenir le label particulier spécifié par l'acheteur ou un label équivalent dans les délais fixés pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, et sous réserve que ces moyens satisfassent les exigences indiquées dans les documents de la consultation.
- ☞ A défaut, l'acheteur pourrait être regardé comme imposant aux opérateurs économiques une contrainte discriminante qui conduirait à méconnaître le principe fondamental d'égal accès des candidats à la commande publique.

28

1. Comment l'acheteur doit-il déterminer ses besoins ?

1.2.2. Les performances en matière d'approvisionnement direct

- ☐ La réglementation relative aux marchés publics permet aux acheteurs de prendre en compte les circuits courts de commercialisation à condition que cela ne soit pas source de discrimination entre opérateurs économiques et qu'elle soit de nature à satisfaire les besoins exprimés par l'acheteur.
- ☐ L'acheteur prend en considération le circuit de fourniture et non pas l'implantation géographique du producteur. La localisation du producteur ne peut donc pas constituer un critère d'attribution du marché public.

29

1. Comment l'acheteur doit-il déterminer ses besoins ?

1.2.3. Les préoccupations sociales

- ☐ « L'acheteur peut prendre en compte, dans les conditions d'exécution de son marché public, des considérations notamment relatives à l'économie, au domaine social ou à l'emploi, sous réserve que celles-ci soient liées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution » (Art. L. 2112-2 du CCP). À titre d'exemple, l'acheteur peut insérer dans son marché public une clause prévoyant que l'attributaire s'astreint, pour les besoins du marché public, à recruter au moyen de curriculum vitae anonymes ou à mener des actions de sensibilisation de ses sous-traitants et de ses fournisseurs, si cela est lié à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.
- ☐ Ainsi, il peut faire effectuer ces prestations en intégrant des heures de travail d'insertion ou toute autre considération sociale (promotion de la diversité et de l'égalité des chances, etc.).
- ☐ L'acheteur doit alors indiquer, dans les documents de la consultation, l'existence d'une clause d'exécution, laquelle doit être détaillée dans le cahier des charges.

30

☐ L'intégration de clauses sociales, notamment celles destinées à promouvoir la diversité, peut répondre à l'un, au moins, des objectifs suivants :

- L'insertion des personnes éloignées de l'emploi, notamment par l'affectation, dans une proportion raisonnable, d'un certain nombre d'heures travaillées à des publics déterminés en situation de précarité ou d'exclusion (heures de travail d'insertion) : chômeurs notamment de longue durée, bénéficiaires de minima sociaux, jeunes ayant un faible niveau de qualification ou travailleurs handicapés au-delà des exigences légales nationales ;
- La mise en œuvre d'actions de formation à destination de ces publics ;
- La promotion du commerce équitable.

31

B. Les critères de choix des offres et les offres anormalement basses

1. Les critères de choix des offres

1. Le choix des critères

- ☐ Le choix des critères permettant, eu égard à l'objet du marché, de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse relève de la liberté de l'acheteur.
- ☐ Celui-ci peut choisir les critères qui lui semblent les plus pertinents pour déterminer l'offre la plus adaptée à son besoin, à condition toutefois que ces critères soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.
- ☐ Les critères retenus doivent également être objectifs et suffisamment précis afin de ne pas laisser une liberté de choix discrétionnaire à l'acheteur.
- ☐ L'article R. 2152-7 du CCP dresse une liste non exhaustive des critères pouvant être utilisés par l'acheteur, lui laissant la possibilité de prendre en compte d'autres critères plus adaptés au marché concerné :

32

➤ 1° Soit sur un critère unique qui peut être :

a) Le prix, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;

b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article R. 2152-9 ;

➤ 2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux.

33

➤ Il peut s'agir des critères suivants :

a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ;

b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ;

c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché, notamment pour des contrats de prestations intellectuelles (marché de maîtrise d'œuvre, de services juridiques, d'audit, etc.).

34

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Les critères d'attribution retenus doivent pouvoir être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base.

☐ Ces critères, qui portent sur la valeur des offres, ne doivent pas être confondus avec les critères de sélection des candidatures qui permettent d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.

☐ En procédure adaptée, l'acheteur peut utiliser un critère reposant sur l'expérience des candidats, *« lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire »*.

35

1.2. Comment choisir le ou les critères de sélection ?

☐ Sauf en cas de dialogue compétitif et dans le cadre du partenariat d'innovation, l'acheteur peut ne choisir qu'un seul critère pour attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans ce cas, il ne peut s'agir que du prix ou du coût de la prestation.

☐ Le recours au critère unique du prix est cependant réservé aux seuls marchés publics ayant pour objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre.

☐ Le seul critère unique utilisable pour l'ensemble des marchés publics est donc le coût.

36

☞ Conformément à l'article R. 2152-7 du CCP, *le coût de la prestation est déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie.*

Il est donc possible de prendre en compte l'ensemble des coûts générés par la prestation, et non pas seulement son coût de production afin de choisir l'offre réellement la plus avantageuse financièrement.

☞ Si le recours à un critère unique est possible, le recours à une pluralité de critères est recommandé. À cet égard, le prix ou le coût doivent obligatoirement figurer parmi les critères de sélection retenus.

☞ Seuls des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse peuvent être retenus.

À condition qu'ils s'inscrivent dans cette logique, de nombreux critères, qu'ils soient qualitatifs, environnementaux ou sociaux, sont susceptibles d'être justifiés au regard de l'objet du marché public. On peut citer **par exemple** le délai de livraison, la garantie, la qualité technique, le caractère innovant, la sécurité des approvisionnements ou même le caractère esthétique

37

1.3. Les modalités de mise en œuvre des critères.

1.3.1. Pondération et hiérarchisation des critères.

☞ Pour les marchés publics, deux modalités de classement des critères peuvent être utilisées : la hiérarchisation ou la pondération.

La hiérarchisation classe les critères par ordre décroissant d'importance et les analyse indépendamment les uns des autres.

La pondération affecte chacun des critères d'un coefficient chiffré. L'offre économiquement la plus avantageuse est alors évaluée globalement, au regard de l'ensemble des critères qui la constituent. L'analyse des offres s'en trouve de fait affinée, favorisant le choix de l'offre la « mieux-disante ».

☞ **Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la pondération est le principe.** Cependant, lorsque, pour des raisons objectives, la pondération n'est pas possible, il peut être recouru à la hiérarchisation. L'acheteur doit alors être en mesure de prouver cette impossibilité.

☞ Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, la pondération, bien que non obligatoire, est néanmoins recommandée.

38

☐ Les modalités de la pondération relèvent de la liberté de l'acheteur et dépendent de la nature de son besoin.....mais cette liberté est encadrée.

Exemple : Le critère valeur technique d'un marché public de formation ne peut pas représenter 90 % de la note globale.

La pondération particulièrement disproportionnée des deux critères (valeur technique 90 % et prix 10 %) n'était pas justifiée au regard de l'objet du marché et neutralisait le critère financier, de sorte que les offres ne pouvaient être différenciées de manière significative qu'au regard de leur valeur technique. Dès lors, une telle pondération des critères est de nature à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie pour chaque lot.

CAA Nantes, 29 mars 2019, société Erics Associés et la société Altaris, n° 17NT01869

1.3.2. La transparence des modalités de sélection des offres.

☐ Les modalités de sélection des offres doivent être portées à la connaissance des candidats. Ceux-ci doivent en effet pouvoir connaître les qualités qui seront appréciées, le poids respectif de chacune d'entre elles et, d'une manière générale, l'ensemble des éléments qui seront utilisés pour juger l'offre.

39

☐ Les critères d'attribution doivent être définis avec précision « *de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière* ».

☐ A cette fin, l'acheteur peut recourir à des **sous-critères**.

L'absence de publicité de la pondération de sous-critères dont l'amplitude est faible et qui ne modifie pas les attentes définies par le pouvoir adjudicateur dans le règlement de la consultation ne porte pas atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique.

Au contraire, l'absence d'information portée à la connaissance des candidats à propos de l'existence et de la pondération de sept sous-critères dotés d'une pondération allant de 1 à 3 entache d'irrégularité la procédure d'attribution du marché public.

40

Les offres anormalement basses

- ☞ Afin de protéger l'acheteur d'offres financièrement séduisantes mais dont la solidité pourrait ne pas être assurée, l'article L. 2152-6 du CCP dispose : « *L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses* ».
- ☞ Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre.
- ☞ Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette.
- ☞ Selon l'article L. 2152-5 du CCP, est une offre anormalement basse « *une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché* ».

41

- ☞ Le rejet d'une offre anormalement basse n'est possible que si une procédure contradictoire avec le candidat concerné a été déclenchée au préalable.
- ☞ Ce dispositif de détection des offres anormalement basses n'a pas pour objet d'écarter une offre au seul motif que son prix ou coût est bas.

C'est seulement si le soumissionnaire est dans l'incapacité de fournir des preuves expliquant de manière satisfaisante la cohérence du bas niveau de prix ou de coût que le caractère anormalement bas de l'offre est établi et qu'elle doit être écartée.

42

☐ L'article R. 2152-3 du CCP énumère une liste des justifications susceptibles d'être produites. L'entreprise peut justifier la cohérence de son prix bas notamment au regard des éléments suivants :

- Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ;
- Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ;
- L'originalité de l'offre ;
- La réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations ;
- Etc.....

43

☐ Est anormalement basse une offre dont le prix nuit à la concurrence loyale entre les candidats et qui, si elle était retenue, risquerait de mettre en péril la bonne exécution du marché public ou de conduire à la conclusion d'avenants en cours de marché public.

☐ Dès lors, et quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, l'acheteur qui se voit remettre une offre paraissant anormalement basse, dans un premier temps, doit solliciter de son auteur la communication de tous les éléments permettant d'en vérifier la viabilité économique, et, dans un second temps, d'éliminer cette offre, si les justifications fournies par le candidat ne permettent pas d'établir cette viabilité.

☐ L'article L. 2193-8 du CCP introduit l'exigence de contrôle de l'offre anormalement basse du sous-traitant, au moment du dépôt de l'offre mais aussi lorsque la demande est présentée après ce dépôt, et notamment après la notification du marché.

44

A. L'identification d'une offre anormalement basse

A.1. La prise en compte du prix de l'offre

- ☐ La sous-évaluation financière des prestations constitue le premier indice évident de l'offre anormalement basse. Le caractère bas du prix doit cependant être apprécié au vu de toutes les composantes de l'offre : les prix dépendront du temps passé ou des quantités qui auront été estimés par le candidat au vu des exigences du cahier des charges.
- ☐ Ainsi, **par exemple**, un prix peut être jugé bas, mais s'avérer être cohérent compte tenu du temps de travail envisagé ou de la composition des équipes de travail dédiées (CE, 29 mai 2013, n° 366606).

45

A.2. Par l'utilisation d'une formule mathématique

- ☐ Le mécanisme d'exclusion automatique des offres anormalement basses sur la base d'un critère mathématique est illégal.
- ☐ L'acheteur ne peut rejeter une offre sur le seul motif qu'elle serait inférieure à un seuil fixé en amont.
- ☐ Cette exclusion automatique prive, en effet, les candidats de la possibilité de présenter des éléments de justification du caractère anormalement bas de leur offre et constitue ainsi une discrimination indirecte.
- ☐ En revanche, l'acheteur peut utiliser une formule mathématique, afin de déterminer un seuil d'anomalie en-deçà duquel les offres seront suspectées d'être anormalement basses, et qui déclencherait la mise en œuvre de la procédure contradictoire.

46

A.3. Par comparaison avec les autres offres

- ☐ Constaté un écart significatif entre le prix proposé par un soumissionnaire et celui de ses concurrents est un indice permettant de présumer le caractère anormalement bas de l'offre (*CAA Marseille, 12 juin 2006, n°03MA02139*).

- ☐ Cet écart peut être apprécié en fonction d'un seuil déterminé par la moyenne des offres, avec éventuellement neutralisation des offres les plus hautes. Cette moyenne correspondra ainsi à l'estimation raisonnable du coût des prestations en cause.

- ☐ Toutefois, l'acheteur ne peut se fonder sur le seul écart de prix entre deux offres pour qualifier une offre d'anormalement basse, sans rechercher si le prix en cause était en lui-même manifestement sous-évalué, c'est-à-dire susceptible de compromettre la bonne exécution du marché public (*CE, 18 juillet 2018, n°417421*).

47

A.4. Par comparaison avec l'estimation de l'acheteur

- ☐ La différence conséquente entre le prix de l'offre d'un soumissionnaire et l'estimation de l'acheteur peut être un élément d'identification d'une offre anormalement basse.

- ☐ Parce qu'elle correspond aux disponibilités budgétaires de l'acheteur, elle doit être prise en compte, sans pour autant constituer un référentiel unique justifiant l'élimination automatique de certaines offres.

48

B.1. L'acheteur doit mettre en demeure l'opérateur économique concerné de justifier le prix ou le coût proposé

- ☐ La procédure contradictoire permet à l'acheteur de s'assurer que les prix proposés sont économiquement viables et que le soumissionnaire a pris en compte l'ensemble des exigences formulées dans le dossier de consultation.
- ☐ L'opérateur économique doit pouvoir faire valoir son point de vue et démontrer le sérieux de son offre.
- ☐ Un courrier doit lui être adressé l'informant que son offre est suspectée d'être anormalement basse et lui demandant de fournir toutes les justifications qu'il jugera utiles.

49

B.2. L'acheteur doit apprécier la pertinence des explications fournies par le candidat

- ☐ L'examen par l'acheteur des explications fournies par le soumissionnaire a pour objet à la fois :
 - De déterminer le caractère cohérent ou non du prix bas au regard de la prestation exigée ;
 - De déterminer quels sont les éléments de valorisation qui aboutissent à ce prix globalement bas (et vérifier que ces éléments techniques sont bien conformes au cahier des charges du marché public) ;
 - De s'assurer que, si ce prix bas est cohérent, il ne repose pas sur l'irrespect de la législation sociale et environnementale applicable ou sur le bénéfice d'aides d'Etat incompatibles avec le marché intérieur européen (ce qui serait constitutif d'une concurrence déloyale)

50

B.3. L'acheteur doit décider de l'admission ou du rejet de l'offre en cause

- ☐ L'acheteur doit procéder à un examen attentif des informations fournies par l'entreprise pour justifier son prix.
- ☐ Si ces éléments sont convaincants, l'acheteur peut requalifier l'offre de « normale », en reconnaissant son caractère particulièrement compétitif et l'inclure dans le processus d'analyse.
- ☐ En revanche, si les explications demandées ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de l'offre, eu égard aux capacités économiques, techniques ou financières de l'entreprise, et de démontrer que le marché public ne peut être exécuté dans les conditions prévues, l'acheteur ou, le cas échéant la commission d'appel d'offres, est tenu de la rejeter par décision motivée.

51

- ☐ Les articles R. 2152-4 et R. 2152-5 du CCP précisent les hypothèses dans lesquelles l'acheteur est tenu de rejeter une offre anormalement basse.
- ☐ Il s'agit des situations où les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés, ou lorsqu'il est établi que l'offre contrevient, en matière de droit de l'environnement, de droit social ou de droit du travail, aux obligations imposées, notamment par le droit français, ou encore que le soumissionnaire a bénéficié d'une aide d'Etat incompatible avec le marché intérieur.
- ☐ Les motifs du rejet des offres anormalement basses, qui devront figurer dans la lettre de rejet, doivent être mentionnés dans le rapport de présentation de la procédure.
- ☐ La motivation de la décision de rejet doit notamment permettre à l'auteur de cette offre de contester utilement devant un juge le rejet qui lui a été opposé. L'absence de réponse du soumissionnaire à la demande d'explications de l'acheteur permet à ce dernier d'exclure l'offre concernée.

52

 Exemple :

« La communauté urbaine de Lille a informé les deux sociétés requérantes que leurs offres, dont elle avait constaté qu'elles étaient largement inférieures à ses propres estimations ainsi qu'à la moyenne des offres des autres candidats et que certains des prix unitaires qui les composaient étaient inférieurs au prix de revient, étaient susceptibles d'être qualifiées d'anormalement basses et qui leur appartenait, dès lors, d'apporter les précisions et justifications de nature à expliquer un nombre significatif des prix composant l'offre ;

Que, pour justifier les prix proposés, les deux sociétés requérantes se sont bornées à mettre en avant leur longue expérience et leur qualité de précédent titulaire du marché sans répondre aux demandes précises formulées par le pouvoir adjudicateur ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que la communauté urbaine de Lille n'a pas, en écartant les offres des sociétés Bruno Vanmarcke et Vanmarcke comme anormalement basses, commis une erreur manifeste d'appréciation » (CE, 3 nov. 2014, no 378434, *Communauté urbaine de Lille*)

53

Exemple :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société MPF, pour établir que la communauté de communes aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant l'offre anormalement basse de l'ONF, se borne à comparer son montant avec le montant de sa propre offre ainsi qu'avec le montant des marchés de restauration des autres portions du Rognon conclus les années précédentes et avec les estimations du prix du marché en alléguant que les prestations proposées par l'ONF seraient de mauvaise qualité ; que la requérante n'apporte pas de précision ou justification de nature à justifier que l'offre de l'ONF puisse être regardée comme manifestement sous-évaluée et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, notamment en ce qui concerne les composantes du prix relatives au volume d'heure de travail et ressources en personnel et matériel requises, compte tenu des prestations exigées au CCTP annexé au marché tant en ce qui concerne la nature des berges concernées que les arbres à traiter avec leurs caractéristiques et situation ;

Que par suite, la requérante n'est pas fondée à soutenir que la communauté de communes de la vallée du Rognon aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant une offre anormalement basse » (CE, 3 nov. 2014, no 382413, ONF).

54

C. la cotraitance

- ☐ Les groupements d'entreprises font l'objet d'une consécration législative et réglementaire par le CCP.
- ☐ *Au-delà du principe de la liberté des offres en groupement, le code précise que l'appréciation des capacités du groupement est globale, ce qui signifie que chaque membre n'est pas tenu à titre individuel, de prouver qu'il dispose de l'ensemble des capacités requises pour exécuter le marché (CCP, art. R. 2142-25).*
- ☐ *Un même opérateur économique ne peut être le mandataire de deux groupements pour le même marché (CCP, art. R. 2142-23), et la composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise de la candidature et la date de signature du marché (CCP, art. R. 2142-26).*

55

I. Définition et typologie des groupements d'entreprises

A. Critère de la cotraitance

- ☐ Le critère de la cotraitance est simple et nous est donné traditionnellement par l'article 2.31 du CCAG-Travaux de 1976 : *“Au sens du présent document les entrepreneurs sont considérés comme groupés s'ils ont souscrit un acte d'engagement unique”*.

La constatation de la signature par plusieurs entrepreneurs d'un même marché suffit pour s'assurer que l'on se trouve en présence de groupement d'entreprises.

- ☐ Il existe une indifférence vis-à-vis du critère de l'allotissement : l'article R. 2142-20 du CCP , tout en reprenant la distinction binaire entre les marchés conjoints et les marchés solidaires, ne fait pas dépendre la forme du groupement de la présence ou de l'absence de lots.

56

Groupement « conjoint » = chaque opérateur économique s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées.

Groupement « solidaire » = chaque opérateur économique est engagé financièrement pour la totalité du marché.

☞ On peut distinguer trois types de groupements d'entreprises, en fonction du degré de solidarité liant les membres : le groupement sans solidarité aucune, le groupement avec solidarité du mandataire commun et le groupement solidaire.

☞ *Bien qu'il ne consacre l'existence que de deux formes de groupements (solidaire ou conjoint), le code prévoit que le mandataire d'un groupement conjoint peut, si le marché le prévoit, être solidaire pour l'exécution du marché, de chacun des membres du groupement à l'égard de l'acheteur (CCP, art. R. 2142-24).*

57

1° Entrepreneurs groupés conjoints avec solidarité du mandataire

☞ Chacun des prestataires membres du groupement s'engage à réaliser seulement la part de marché prévue dans son lot. L'acte d'engagement indique la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter.

☞ Seul le mandataire commun prend un engagement supplémentaire et de nature différente consistant à suppléer la défaillance de l'un ou plusieurs des autres membres en cours de réalisation du marché.

☞ Le Conseil d'État a eu l'occasion d'indiquer que la responsabilité du mandataire commun d'un groupement conjoint ne pouvait être recherchée au titre de la solidarité pour des malversations après le prononcé de la réception définitive des travaux (*CE, 25 juill. 1980, n° 10253*).

58

- ☞ **Cette solidarité est uniquement financière** et n'implique pas que les entrepreneurs groupés doivent réaliser les prestations matérielles qui incombent à l'entrepreneur défaillant.
- ☞ Si l'un des entrepreneurs ne se conforme pas à ses obligations pour le lot dont il est chargé, le pouvoir adjudicateur le met en demeure de satisfaire à ses obligations dans un certain délai, qui ne peut être inférieur à 15 jours à compter de la date de notification de la mise en demeure.
- ☞ Le mandataire est également averti. La mise en demeure produit alors ses effets à l'égard du mandataire solidaire. Celui-ci est tenu de substituer à l'entrepreneur défaillant un nouvel entrepreneur.
- ☞ À défaut, le maître de l'ouvrage peut décider la résiliation du marché. À ce titre, la résiliation du contrat n'ouvre pas droit à indemnité pour les autres membres du groupement, dès lors que la défaillance de l'un des entrepreneurs n'est pas considérée par la jurisprudence comme constituant un événement imprévisible.

59

☞ Si le mandataire n'est pas solidaire mais conjoint, il est responsable de l'exécution des tâches propres à sa fonction de représentation et de coordination (omission de transmission d'un ordre de service, etc.) Il est tenu à une obligation de moyens.

☞ **Défaillance du mandataire dans ses fonctions** – Il faut distinguer deux hypothèses.

- Soit la défaillance du mandataire ne concerne que l'exécution de ses prestations matérielles ;
- Soit elle concerne son activité de coordination des opérateurs économiques, inhérente à sa fonction de mandataire.

60

- ☐ Si la défaillance concerne le premier cas, alors les autres membres du groupement pourront, s'ils le souhaitent, se substituer à lui dans l'exécution du marché et désigner un nouveau mandataire.
- ☐ À défaut d'accord des membres du groupement, la personne publique est tenue de passer un nouveau marché qui ne concerne que la part des travaux non-exécutés par le mandataire, si les autres membres du groupement acceptent de poursuivre les travaux restants dans un groupement réduit. A défaut, la personne publique procède à la résiliation de la totalité du marché.
- ☐ Si le mandataire n'assume pas ses fonctions en tant que représentant et coordonnateur des entrepreneurs groupés, il est mis en demeure de remplir ses obligations dans un certain délai, qui ne peut être inférieur à 15 jours suivant la notification de la mise en demeure.
- ☐ Si la mise en demeure reste sans effet, l'acheteur public demande aux entrepreneurs de désigner un nouveau mandataire, dans le délai d'un mois.
- ☐ Si les membres du groupement ne donnent pas suite, le pouvoir adjudicateur fait le choix d'une personne physique ou morale pour coordonner l'activité des entrepreneurs groupés. Le nouveau mandataire est substitué par avenant à l'ancien dans tous ses droits et obligations.

61

2° Entrepreneurs groupés conjoints sans solidarité du mandataire

- ☐ Dans ce cas, chacun des prestataires membres du groupement s'engage à réaliser les travaux prévus dans son lot.
- ☐ *Le mandataire commun représente les entrepreneurs groupés vis-à-vis du maître de l'ouvrage et coordonne l'activité de l'ensemble du groupement, mais n'est tenu à aucun engagement solidaire (CCP, art. R. 2142-24).*
- ☐ Le CCP prévoit que ce n'est que si le marché prévoit cette solidarité que le mandataire commun sera solidaire.

3° Entrepreneurs groupés solidaires

- ☐ Solidarité financière – *L'article R. 2142-20, 2° du CCP* précise que la solidarité encourue par les membres d'un groupement solidaire est une solidarité financière.
- ☐ Dans ce cas, chacun est solidaire financièrement envers le maître de l'ouvrage, de la défaillance éventuelle de l'un d'entre eux (*CE, 29 sept. 2010, n° 332068*).

62

C. - Rôle du mandataire commun

1° Caractère obligatoire du mandataire commun

Le premier alinéa de l'article R. 2142-24 du CCP prévoit l'obligation de l'existence d'un mandataire commun dans un groupement : *“Dans les deux formes de groupements mentionnées à l'article R. 2142-20, l'un des opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans la candidature et dans l'offre comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis de l'acheteur et coordonne les prestations des membres du groupement.”*

2° Obligations du mandataire commun

Il est chargé d'une mission de représentation des entrepreneurs à l'égard du maître d'ouvrage et d'une mission de coordination des prestations des membres du groupement (CCP, art. R. 2142-24).

3° Responsabilité du mandataire commun envers le maître de l'ouvrage

Sa responsabilité est encourue dans la mission de représentation du mandataire. Par exemple, si le défaut de transmission ou la transmission tardive des directives du maître de l'ouvrage et du maître d'œuvre aux entrepreneurs groupés aboutissait à la réalisation d'un ouvrage non conforme, la responsabilité du mandataire commun pourrait être engagée envers le maître de l'ouvrage.

63

D. la sous-traitance

1. Dispositions générales

- ☞ La sous-traitance constitue un assouplissement au principe général de l'exécution personnelle des marchés publics. Elle autorise les opérateurs économiques à confier à une ou plusieurs entreprises tierces l'exécution d'une partie du contrat dont ils sont les titulaires et qu'ils ne peuvent ou ne veulent exécuter eux-mêmes.
- ☞ Le recours à la sous-traitance permet aux opérateurs économiques de s'appuyer sur des compétences et des moyens extérieurs pour postuler à l'attribution de marchés publics. Elle favorise ainsi notamment l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique.
- ☞ En matière de marchés publics, la sous-traitance est l'opération par laquelle l'opérateur titulaire d'un marché public qui présente lui-même les caractéristiques d'un contrat d'entreprise confie à un opérateur tiers, par contrat et sous sa responsabilité, l'exécution d'une partie des prestations qui lui ont été confiées par l'acheteur.

64

☞ Il est à noter que le sous-traitant direct (ou de 1er rang) du titulaire du marché public peut à son tour faire appel à un sous-traitant, dit sous-traitant indirect (ou de 2nd rang), pour lui confier l'exécution de prestations dont il a la charge.

Dans ce cas, le sous-traitant de 1er rang est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants.

1.1. L'opération de sous-traitance implique l'existence de deux contrats distincts

☞ Le recours à la sous-traitance implique une relation triangulaire entre l'acheteur, le titulaire du marché public et le sous-traitant. Cette relation repose sur l'existence de deux contrats distincts :

- un marché public présentant les caractéristiques d'un contrat d'entreprise conclu entre l'acheteur et le titulaire.
- Un contrat, généralement de droit privé qualifié de contrat de sous-traitance ou de « sous-traité », conclu entre l'entrepreneur et le sous-traitant.

65

☞ Dans l'hypothèse du recours à la sous-traitance, le titulaire demeure l'unique responsable, vis-à-vis de l'acheteur, de l'exécution des prestations faisant l'objet du marché public, y compris s'agissant des prestations sous-traitées.

☞ Le recours à la sous-traitance ne fait naître en effet aucun lien contractuel entre l'acheteur et les sous-traitants auxquels décide de faire appel le titulaire du marché public.

☞ Cette absence de liens contractuels entre l'acheteur et le sous-traitant a pour conséquence que l'acheteur ne peut commander des prestations au sous-traitant.

66

- ☐ De ce fait, le titulaire ne saurait invoquer les fautes commises par le sous-traitant dans l'exécution des prestations sous-traitées afin de s'exonérer de la responsabilité qui lui incombe à l'égard de l'acheteur au titre du marché public.
- ☐ L'acheteur ne peut davantage rechercher la responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle du sous-traitant du fait d'éventuelles fautes commises par ce dernier.
- ☐ Toutefois, le juge administratif a admis que l'acheteur puisse rechercher devant lui, de façon subsidiaire, et dans l'hypothèse où la responsabilité du titulaire du marché public ne pourrait être utilement recherchée, la responsabilité quasi-délictuelle des participants à une opération de construction avec lesquels il n'a pas conclu de contrat de louage d'ouvrage, mais qui sont intervenus sur le fondement d'un contrat conclu avec l'un des constructeurs (ce qui inclut les sous-traitants).

67

2. Le principe de libre recours à la sous-traitance et ses restrictions

2.1. Le titulaire d'un marché public est, en principe, libre d'avoir recours à un ou plusieurs sous-traitants pour exécuter certaines des prestations du marché public

- ☐ L'article L. 2193-3 du CCP consacre, sous réserve du respect des conditions fixées par la loi du 31 décembre 1975, le droit, pour le titulaire d'un marché public, de sous-traiter l'exécution de certaines des prestations faisant l'objet dudit marché.

L'acheteur ne peut donc imposer au titulaire d'un marché public d'exécuter lui-même l'intégralité des prestations du contrat. En revanche, il peut « *exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire* » (art. L. 2193-3)

2.3 Par ailleurs, le titulaire ne peut sous-traiter l'intégralité des prestations faisant l'objet du marché public

L'article 1er de la loi du 31 décembre 1975 dispose que *le titulaire est autorisé à sous-traiter uniquement « l'exécution de certaines parties de son marché public ».*

68

II. Sous-traitance

2. Acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement

3.3. La décision d'acceptation et d'agrément des conditions de paiement du sous-traitant par l'acheteur

3.3.1. La décision expresse d'acceptation du sous-traitant et d'agrément des conditions de paiement

- ☐ Dans l'hypothèse d'une déclaration de sous-traitance lors du dépôt de l'offre, la notification du marché au titulaire emporte automatiquement acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement.
- ☐ Il n'est donc pas formellement nécessaire que l'acheteur signe la déclaration de sous-traitance. Mais il est toujours préférable que ce document soit signé par l'acheteur pour la bonne information du sous-traitant et du comptable.
- ☐ A la réception du document, le titulaire transmet au sous-traitant les éléments relatifs à la partie du marché public qui le concernent.

69

- ☐ Dans l'hypothèse d'une déclaration de sous-traitance effectuée après la notification du marché public, la signature d'un acte spécial (formulaire DC 4) comportant l'ensemble des renseignements exigés emporte acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement.

- ☐ L'acte spécial de sous-traitance doit être signé par l'acheteur et le titulaire du marché public. Le sous-traitant n'est pas tenu de signer l'acte spécial.

- ☐ En cas de groupement d'opérateurs économiques, la déclaration de sous-traitance est signée par l'ensemble des membres du groupement ou par le mandataire habilité par ceux-ci.

- ☐ Une fois signé, l'acte spécial de sous-traitance est notifié par l'acheteur au titulaire du marché public. La preuve de la date de la remise du pli doit pouvoir être apportée par l'acheteur.

70

- ☐ Ce dernier adresse, à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct, une copie de l'original du marché public ou du certificat de cessibilité ou de l'acte spécial de sous-traitance.
- ☐ Ce document permet au sous-traitant de céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui lui sont réglées directement, tout ou partie de sa créance.
- ☐ La date de notification du marché public ou de l'acte spécial au titulaire constitue le point de départ de l'exécution des prestations incombant au sous-traitant dans le cadre du marché public.
- ☐ Toutes les prestations qui seraient effectuées par le sous-traitant avant cette notification ne pourront régulièrement donner lieu à un paiement par le comptable.

71

D. Mutualisation de l'achat

1. centrales d'achat

1° L'acquisition de fournitures ou de services destinées à des acheteurs

☐ « Une centrale d'achat est un acheteur qui a pour objet d'exercer de façon permanente, au bénéfice des acheteurs, l'une au moins des activités d'achat centralisées suivantes :

- 1° L'acquisition de fournitures ou de services ;
- 2° La passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services. »

(Article L. 2113-2 du CCP)

☐ L'acheteur qui recourt à une centrale d'achat doit vérifier que les marchés publics passés par celle-ci en tant que grossiste le sont dans les conditions qui auraient dû être respectées si l'acheteur en question avait lui-même passé ce marché public.

Respect des obligations de publicité et de mise en concurrence :

☐ « La centrale d'achat qui prend seule en charge la responsabilité du déroulement des procédures de passation du marché public assume la responsabilité directe de la légalité de la procédure » (directive 2014/24/UE).

72

2. Groupement de commandes

II. Convention constitutive

1. Contenu de la convention constitutive

☐ *Des groupements de commandes peuvent être constitués entre des acheteurs afin de passer conjointement un ou plusieurs marchés (art. L 2113-6 CCP).*

☐ *Une convention constitutive est signée par les membres du groupement (art. L 2113-7).*

☐ *La convention constitutive définit les règles de fonctionnement du groupement.*

Elle peut confier à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation et/ou de l'exécution du marché public au nom et pour le compte des autres membres (art. L 2113-7).

☐ *Il est nécessaire de définir précisément dans la convention l'objet du groupement (nécessité d'une homogénéité du besoin), les membres, leurs missions et leurs pouvoirs, les éventuels frais, la durée du groupement, la personne compétente en cas de litige relatif à la procédure de passation, les modalités d'adhésion, les modalités de retrait d'un membre, la possibilité de modifier la convention par avenant, etc.*

73

2. Groupement de commandes

II. Convention constitutive

2. Compétence pour signer la convention constitutive

☐ *Pour une commune, il est nécessaire de délibérer.*

☐ *S'agissant d'un contrat et non d'un marché public, la convention constitutive d'un groupement de commandes est approuvée par l'assemblée délibérante, qui autorise son exécutif à la signer. Elle n'entre pas dans la délégation accordée au Maire en matière de marchés publics en application de l'article L 2122-22 (4°) du CGCT.*

☐ *Pour un EPCI, il est nécessaire de délibérer, sauf délégation accordée au président ou au bureau.*

74

2. Groupement de commandes

III - Organisation du groupement

1. Charge du groupement

☞ Les membres peuvent confier la charge du groupement à l'un ou plusieurs de ses membres. Dans ce cas, la ou les personnes désignées :

➤ Organise(nt) en tout ou partie la passation sans l'exécution du marché

OU

➤ Organise(nt) en tout ou partie la passation et l'exécution du marché au nom de l'ensemble des membres du groupement.

☞ Lorsque la passation et l'exécution d'un marché public sont menées conjointement dans leur intégralité au nom et pour le compte de tous les acheteurs concernés, ceux-ci sont solidairement responsables de l'exécution des obligations qui leur incombent.

75

3. Allotissement

1. Principe de l'allotissement

☞ Selon l'article L 2113-10 du CCP, *les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes.*

☞ L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots. Il peut limiter le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique.

☞ L'allotissement est mis en œuvre en principe pour susciter la plus large concurrence entre entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique (*CE, 9 juillet 2007, syndicat EGF-BTP, n° 297711*) lorsque l'objet du marché permet l'identification de prestations distinctes.

☞ L'allotissement est particulièrement approprié lorsque l'importance des travaux, fournitures ou services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise, chaque lot, d'importance moindre, pouvant être exécuté par des entreprises petites ou moyennes.

76

☞ Les modalités de recours à l'allotissement sont facilitées par l'introduction d'une disposition permettant aux acheteurs de ne signer qu'un seul acte d'engagement, lorsque plusieurs lots sont attribués à un même soumissionnaire.

☞ Il est possible d'attribuer tous les lots à un même candidat.

☞ A l'inverse, le pouvoir adjudicateur pourra interdire, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, lorsque la publication d'un tel avis n'est pas obligatoire, dans les documents de la consultation, à un même candidat de présenter une offre sur plusieurs lots.

Il peut en être ainsi, **par exemple**, pour préserver la sécurité des filières d'approvisionnement.

77

3. Allotissement

2. Dérogations à la règle de l'allotissement

☞ Le pouvoir adjudicateur peut recourir au marché global lorsque :

-1- L'allotissement présente un inconvénient technique lié à la cohérence de la prestation en cause.

A titre d'exemple, lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Toutefois, la conclusion d'un marché non-alloté au motif que le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination n'a pas été jugée régulière par le juge administratif dans la mesure où les difficultés antérieures rencontrées lors de précédents marchés ne sont pas de nature à démontrer que le pouvoir adjudicateur n'était pas en mesure, au vu de ses moyens techniques et humains et de l'ensemble des opérations déjà engagées, d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination les marchés spécifiquement attaqués (*CAA Marseille, 19 décembre 2011, Préfet Alpes-Maritimes, n° 09MA03774*).

78

☞ De la même façon, le pouvoir adjudicateur ne saurait se prévaloir de la faiblesse des effectifs de ses services pour soutenir qu'il ne disposait pas de la capacité d'assurer la programmation et la coordination des chantiers alors qu'il avait recruté des maîtres d'œuvre dont la mission portait notamment sur l'élaboration puis le suivi du planning du chantier (*CAA Lyon, 6 octobre 2011, Syndicat national des entreprises du second œuvre (SNSO), n° 10LY01121*).

☞ Aussi pour le juge administratif, la circonstance qu'un groupement de commandes ait été constitué ne suffit pas à elle seule à justifier de difficultés techniques et à exonérer les membres du groupement et le coordonnateur de leur obligation d'allotissement, d'autant plus que ces derniers avaient décidé de passer trois marchés distincts (*CE, 18 septembre 2015, Syndicat intercommunal des eaux du bas Roubion (SIEBR), n° 389740*).

79

-2- L'allotissement présente un inconvénient économique ou financier.

A titre d'exemple, le coût global d'une prestation peut se révéler plus élevé en ayant recours à un marché alloti, si les frais de livraison sont compris dans le prix de la prestation passée en marché unique, ou si le fait d'allotir conduit l'acheteur à faire appel à un coordonnateur de travaux.

☞ La dévolution sous forme de marché global n'interdit pas le pouvoir adjudicateur d'identifier les prestations de manière distincte (sous forme de lots techniques).

Recours au marché global justifié par une baisse de prix significative 66% : (*CE, 27 octobre 2011, n° 350935*).

☞ Le choix de recourir à un marché global fait l'objet d'un contrôle normal par le juge.

☞ L'obligation d'allotissement ne s'applique pas aux marchés "marchés publics globaux", c'est-à-dire les marchés de conception-réalisation, les marchés publics globaux de performance et les marchés publics globaux sectoriels.

80

E. La négociation

A. Les procédures dans lesquelles il est possible de négocier

1. La procédure avec négociation

☑ La procédure avec négociation est une procédure formalisée (article L. 2124-1 du CMP), contrairement à la procédure sans publicité ni mise en concurrence.

☑ Les acheteurs peuvent avoir recours à la procédure avec négociation lorsque le montant du marché public est égal ou supérieur au seuil européen. La procédure avec négociation est définie à l'article L. 2124-3 du CCP.

Pour les pouvoirs adjudicateurs, elle ne peut être mise en œuvre que dans certaines hypothèses limitativement énumérées à l'article R. 2124-3 du CCP. A défaut, le marché est entaché d'une nullité que le juge est tenu de soulever d'office.

81

Article R2124-3

Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation dans les cas suivants :

- 1° *Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;*
- 2° *Lorsque le besoin consiste en une solution innovante. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ;*
- 3° *Lorsque le marché comporte des prestations de conception ;*
- 4° *Lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;*
- 5° *Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique, définis à la section 2 du chapitre Ier du titre Ier du présent livre ;*

82

- 6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens des articles L. 2152-2 et L. 2152-3, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.
- Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres.
- Toutefois, par dérogation aux dispositions de l'article R. 2144-4, ne peuvent participer à la procédure que le ou les soumissionnaires ayant justifié au préalable ne pas être dans un cas d'exclusion et satisfaisant aux conditions de participation fixées par l'acheteur.

83

1.2 La publicité

- ☐ Conformément à l'article R. 2131-16 du CCP, les marchés passés selon une procédure avec négociation doivent faire l'objet d'un avis de marché dans le BOAMP et au JOUE.
- ☐ L'invitation à confirmer l'intérêt doit ainsi contenir au minimum les renseignements suivants :
 - La nature et la quantité des prestations demandées. Dans le cas de marchés renouvelables, l'invitation indique la nature, la quantité et, si possible, une estimation du délai dans lequel l'acheteur procédera à la publication des avis d'appel à la concurrence ultérieurs pour le renouvellement des marchés
 - La procédure utilisée, à savoir la procédure avec négociation
 - Le cas échéant, la date de commencement ou d'achèvement de l'exécution du marché
 - L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats. Si tel n'est pas le cas, pour l'un des motifs énoncés aux articles R. 2132-12 et R. 2132-13, et qu'ils ne sont pas disponibles par un autre moyen, ils sont joints à l'invitation

84

- Dans les cas où l'accès électronique ne peut être proposé, l'invitation indique l'adresse et la date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir les documents de la consultation ainsi que la ou les langues autorisées pour leur présentation
- L'identification et l'adresse du service qui passe le marché
- Les informations relatives aux capacités professionnelles, techniques et financières exigées des candidats
- La forme du marché
- Les critères d'attribution ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis.

85

1.3 La procédure de passation

Les exigences minimales que les offres doivent respecter :

- ☐ Conformément à l'article R. 2161-13 du CCP, *les documents de la consultation doivent indiquer les exigences minimales que doivent respecter les offres.*
- ☐ Les informations que le pouvoir adjudicateur fournit doivent être suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée du marché public et de décider de participer à la procédure.
- ☐ *Aucune négociation sur ce point n'est autorisée (Art. R. 2161-17 du CCP).*

86

1.3.1. Le délai de réception des candidatures :

- ☐ *L'acheteur fixe les délais de réception des candidatures en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature (Art. R. 2143-1 du CCP).*
- ☐ *Les candidatures reçues hors délai sont éliminées (Art. R. 2143-2 du CCP).*
- ☐ *Ces délais ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux prévus par le CCP pour la procédure avec négociation (Art. R. 2143-1 du CCP).*
- ☐ *Ces délais diffèrent selon que la procédure est lancée par un pouvoir adjudicateur ou par une entité adjudicatrice.*

87

- ☐ *Pour les pouvoirs adjudicateurs, conformément à l'article R. 2161-12 du CCP, le délai minimal de réception des candidatures est de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de pré-information, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.*

En cas d'urgence dûment justifiée, ce délai minimal peut être réduit, sans être inférieur à 15 jours à compter de ces mêmes dates.

1.3.2. Le délai de réception des offres :

- ☐ *L'acheteur fixe les délais de réception des offres en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur offre (Art. R. 2151-1 du CCP), notamment lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux ou d'une consultation sur place de documents (Art. R. 2151-3 du CCP).*
- ☐ *Les offres reçues hors délai sont éliminées (Art. R. 2151-5 du CCP).*
- ☐ *Ces délais ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux prévus par le CCP pour la procédure avec négociation (Art. R. 2151-2 du CCP).*
- ☐ *Ces délais diffèrent selon que la procédure est lancée par un pouvoir adjudicateur ou par une entité adjudicatrice.*

88

☞ Pour les pouvoirs adjudicateurs, conformément à l'article R. 2161-14 du CCP, *le délai minimal de réception des offres initiales est de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.*

☞ Ce délai minimal peut être ramené à 25 jours si les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique.

☞ Si l'avis de pré-information n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence, le délai minimal de réception des offres peut être ramené à 10 jours si l'avis de pré-information a été envoyé pour publication 35 jours au moins à 12 mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché et s'il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication.

89

☞ En cas d'urgence dûment justifiée, ce délai minimal peut être réduit, sans être inférieur à 10 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

☞ Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur pour l'une des raisons mentionnées à l'article R. 2132-5 du CCP, le délai minimal de réception des offres est augmenté de 5 jours, sauf urgence dûment justifiée.

☞ A l'exception des autorités publiques centrales dont la liste figure en annexe du CCP, les pouvoirs adjudicateurs peuvent fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous.

☞ En l'absence d'accord sur cette date, le délai fixé ne peut être inférieur à 10 jours à compter de l'envoi de l'invitation à soumissionner.

90

☐ Le délai de réception des offres peut être prolongé lorsqu'un complément d'information, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni au plus tard 6 jours avant la date d'expiration du délai fixé pour la réception des offres ou au plus tard 4 jours avant cette date si le délai de réception est réduit en raison d'une urgence dûment justifiée.

☐ Il peut également être prolongé lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation.

☐ La durée de cette prolongation est proportionnée à l'importance des informations ou des modifications.

91

1.3.3. La sélection des candidats :

☐ Conformément à l'article R. 2142-15 du CCP, l'acheteur peut limiter le nombre de candidats qui seront admis à négocier, à condition que ce nombre soit suffisant pour assurer une concurrence effective.

Dans ce cas, il indique, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, les critères objectifs et non discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer pour sélectionner ces candidats, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter à négocier et, le cas échéant, leur nombre maximum.

☐ Pour les pouvoirs adjudicateurs, ce nombre minimal ne peut être inférieur à trois.

☐ Si le nombre de candidats satisfaisant aux critères annoncés n'atteint pas le minimum prévu par l'acheteur, ce dernier peut poursuivre la procédure avec les candidats ayant les capacités requises.

92

2. La négociation dans les MAPA

2.1. La décision de négocier

- ☞ La négociation doit être annoncée
- ☞ L'acheteur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Il s'agit d'une possibilité et non d'une obligation. A cet égard, le choix de recourir ou non à la négociation ne peut être utilement critiqué devant le juge administratif (*CE, 18 septembre 2015, société Access, précité*).
- ☞ Le recours à la négociation, en procédure adaptée, permet de favoriser la concurrence, d'avoir un gain financier, mais également un gain qualitatif lors de l'élaboration du cahier des charges.

93

- ☞ la transparence de la négociation doit être assurée ainsi que sa traçabilité avec chacun des candidats.
- ☞ La communication d'une liste identique de questions adressées à l'ensemble des candidats, l'utilisation de comptes rendus de négociation ou l'établissement d'une grille de négociation, peut s'avérer utile, afin de faciliter le suivi et le choix final de l'offre.
- ☞ Cette documentation permettra de prouver, le cas échéant, que l'ensemble des candidats a été invité à négocier sur les mêmes critères et dans des conditions identiques. La négociation permet aussi d'éclaircir ou de justifier la consistance de certaines offres : dans ce cas, les questions posées à chaque candidat peuvent être, bien sûr, différentes.

94

☞ Le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre.

☞ Ainsi, trois cas de figure peuvent se présenter :

- soit l'acheteur a annoncé sa décision de recourir à la négociation sans réserve. Dans ce cas, il est tenu de négocier
- soit il ne l'a pas prévu et il ne peut alors pas négocier
- soit, enfin, il a annoncé sa décision de recourir à la négociation en se réservant toutefois la possibilité d'attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation . Dans ce cas, s'il considère qu'il peut, au vu des offres remises, attribuer le marché, il n'est pas tenu de négocier .

95

☞ Si, en revanche, il décide effectivement de négocier, après la remise des offres, avec certains candidats, conformément à ce qui était annoncé dans l'AAPC ou le RC, il n'est pas tenu d'en informer l'ensemble des candidats. En cas de contentieux, il reviendra au juge administratif de s'assurer que l'acheteur n'a méconnu aucune des règles s'imposant à lui, dont notamment le principe d'égalité de traitement des candidats.

2.2. Le choix des candidats admis à la procédure.

La négociation doit être menée avec tous les candidats ayant remis une offre, sauf si le règlement de la consultation ou les documents en tenant lieu précisent que la négociation ne sera menée qu'avec un nombre limité de candidats.

96

☐ Dans ce cas, l'acheteur doit indiquer les critères sur le fondement desquels il sélectionnera les entreprises admises à négocier, en indiquant leur nombre. Aucun texte ne fixe un nombre minimum ou maximum de candidats à retenir.

☐ L'acheteur peut admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

Aucune obligation d'accorder cette faculté de régularisation ne pèse sur l'acheteur. Toutefois, l'acheteur qui mettrait en œuvre cette possibilité est tenu de respecter l'égalité de traitement des candidats.

☐ A l'issue de la négociation, l'acheteur est tenu d'éliminer les offres qui restent irrégulières ou inacceptables.

En revanche, les offres inappropriées ne peuvent plus désormais faire l'objet de négociations en procédure adaptée, contrairement à ce que prévoyait la jurisprudence du Conseil d'Etat du 30 novembre 2011, Ministère de la défense et des anciens combattants.

97

☐ C'est également le cas pour des offres anormalement basses.

☐ Une fois la négociation terminée, l'acheteur doit, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, classer les offres finales, en appliquant les critères de choix définis dans les documents de la consultation.

2.3. Le contenu de la négociation

☐ La négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre ou se cantonner à un ou plusieurs éléments, limitant la négociabilité des offres.

☐ L'acheteur peut négocier librement le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues.

98

B. Eléments communs aux deux procédures (MAPA et procédure avec négociation).

Le contenu de la négociation

- ☞ La négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre ou se cantonner à un ou plusieurs éléments, limitant la négociabilité des offres.
- ☞ L'acheteur peut négocier librement le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues.

99

☞ Une négociation sur les prix ne doit cependant pas aboutir à la formulation d'une offre anormalement basse. Il est ainsi possible de négocier, par exemple, sur :

- la qualité : le niveau de qualité, son incidence sur le prix, ... ;
- le délai : temps de livraison, réactivité, ... ;
- la quantité : le volume nécessaire, la fréquence des commandes, ... ;
- le prix ou ses éléments : le coût de l'acquisition, le coût du stockage, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien,...

⚠ Une négociation ne doit, en aucun cas, se confondre avec un marchandage. Mener une négociation exclusivement fondée sur le prix ou imposer des conditions de réalisation inexécutable revient à exposer le marché public au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants.

100

☞ La négociation ne peut, non plus, servir de prétexte à la modification des caractéristiques substantielles des offres ou du marché public, telles que son objet ou les critères de sélection des candidatures et des offres.

☞ Elle ne peut conduire l'acheteur à renoncer à l'application d'un des critères retenus dans le règlement de consultation . La réalisation d'une telle hypothèse rendrait nécessaire une nouvelle mise en concurrence.

⚠ Il convient de préserver le secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats. La négociation ne peut être utilisée pour diffuser à l'ensemble des candidats la solution innovante imaginée par l'un d'entre eux.

101

F. Les offres irrégulières, inacceptables, inappropriées

1. L'offre irrégulière

☞ Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable, notamment en matière sociale et environnementale

Dans toutes les procédures, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles.

102

☐ Ainsi, une offre transmise par voie papier alors que la dématérialisation s'imposait est une offre irrégulière. Toutefois, comme on le verra, l'acheteur dispose alors de la faculté de solliciter sa régularisation.

Par exemple, une offre est considérée irrégulière, lorsqu'elle ne présente pas séparément de la solution de base une option chiffrée, alors qu'une telle option est imposée par le règlement de la consultation.

En revanche, une simple erreur matérielle n'emporte pas irrégularité de l'offre : une erreur de bordereau de prix est jugée insuffisante pour considérer que l'offre en cause est irrégulière dès lors que le détail estimatif des prix transmis par le candidat permettait de constater que ce dernier avait tenu compte des nouvelles prescriptions de l'acheteur.

103

2. L'offre inacceptable

☐ Article L. 2152-3 CCP

« Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure. »

Toutefois, une offre ne peut être regardée comme inacceptable si, bien que supérieure à l'estimation de l'acheteur, celui-ci est en mesure de la financer (*CE, 2 juin 2011, n°346665*)

Un acheteur peut donc toujours attribuer un marché à une offre qui dépasse son estimation initiale. En revanche, il éliminera les offres qu'il ne peut pas financer.

104

☞ L'article R 2152-1 impose l'élimination des offres inacceptables dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation.

☞ En revanche, dans les autres procédures, les offres inacceptables peuvent devenir acceptables à l'issue de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent inacceptables sont éliminées.

3. L'offre inappropriée

☞ Article L. 2152-4 CCP :

« Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur qui sont formulés dans les documents de la consultation. »

105

4. Le traitement des offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées

4. 1. En appel d'offres ou en procédure adaptée sans négociation

☞ En principe, les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées sont éliminées.

A la différence des offres inacceptables ou inappropriées, les offres irrégulières peuvent toutefois être régularisées dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

☞ La régularisation n'est qu'une simple faculté offerte à l'acheteur. Lorsqu'il se trouve en présence d'une offre irrégulière, celui-ci n'est donc pas tenu de demander au soumissionnaire de la régulariser et peut décider de la rejeter.

☞ En revanche, s'il décide de demander une régularisation, il doit le faire pour l'ensemble des soumissionnaires dont l'offre peut être régularisable, afin de respecter le principe d'égalité de traitement.

☞ La régularisation ne doit pas permettre au soumissionnaire d'améliorer son offre sur des points dont la régularité n'est pas en cause, autrement dit sur des points où l'acheteur a jugé conforme son offre.

106

☒ Une offre irrégulière ne peut être régularisée que si elle est régularisable. La régularisation de l'offre ne peut avoir pour effet de modifier ses caractéristiques substantielles.

Il ne s'agit pas de permettre au soumissionnaire (opérateur économique) de présenter une nouvelle offre ou de changer les termes de l'offre de telle sorte que son économie générale soit bouleversée.

Lorsque les irrégularités constatées de l'offre sont manifestement trop importantes pour être régularisées sans entraîner une modification significative de l'offre, dépassant donc ce qui peut être raisonnablement acceptée, la régularisation n'est pas possible.

Le caractère régularisable de l'offre devra ainsi faire l'objet d'une appréciation au cas par cas, au regard notamment du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

107

☒ Ne pourrait être régularisée :

- L'offre qui ne comprend pas un document important tel que le mémoire technique ;
- L'offre constituée uniquement des fichiers de signature électronique, non accompagnés des documents signés eux-mêmes ;

☒ Les dispositions des articles R. 2152-1 et R. 2152-2 du CCP n'autorisent pas l'acheteur à modifier ou rectifier de lui-même une offre irrégulière puisque qu'elles exigent que, suite à une demande de l'acheteur les y autorisant, ce soient les soumissionnaires qui procèdent à la régularisation de leur offre.

108

4.2 Pour les autres procédures autres qu'en appel d'offres ou en procédure sans négociation

- ☐ Seules les offres inappropriées sont éliminées.

- ☐ Les offres irrégulières ou inacceptables, sous réserve qu'elles ne soient pas anormalement basses, peuvent faire l'objet de négociations. Elles pourront devenir régulières ou acceptables à cette occasion.

109

G. Motifs d'exclusions de la procédure de passation

1. Exclusion de plein droit

- ☐ Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à (...) ou 1747 du code général des impôts, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

Lorsqu'il s'agit d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale, cela entraîne l'exclusion de la procédure de passation des marchés de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

110

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui :

- 1° Ont été sanctionnées pour méconnaissance des obligations relatives au travail dissimulé, ou qui ont été condamnées au titre de la méconnaissance des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (article L. 1146-1 du code du travail) ou de l'article 225-1 du code pénal ;
- 2° Au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du marché, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation prévue au
- 2° de l'article L. 2242-1 du code du travail à savoir, une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération, et la qualité de vie au travail.
- 3° Ont été condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal ou sont des personnes physiques condamnées à une peine d'exclusion des marchés.

Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive, l'exclusion prévue dans ces cas s'applique pour une durée de trois ans à compter la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction.

111

2. Exclusions à l'appréciation de l'acheteur

☐ L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur. (Cf. **article L 2141-7 du CCP**)

☐ L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui :

- 1° Soit ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;
- 2° Soit par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens.

(Cf. **article L 2141-8 du CCP**)

112

☞ L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes à l'égard desquelles il dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence. (Cf. **article L 2141-9 du CCP**)

☞ L'acheteur peut exclure de la procédure de passation du marché les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. C'est le cas lorsqu'une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché. (Cf. **article L 2141-10 du CCP**).

113

L'acheteur qui envisage d'exclure un opérateur économique doit le mettre à même de présenter ses observations afin d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements susceptibles de le léser et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement. (Cf. **article L 2141-11 du CCP**).

3 Changement de situation des opérateurs économiques au regard des motifs d'exclusion

☞ Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation d'un marché, placé dans l'un des cas d'exclusion, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation. Dans cette hypothèse, l'acheteur exclut le candidat de la procédure de passation du marché pour ce motif. (Cf. **article L 2141-12 du CCP**).

L'article L. 2141-13 du CCP prévoit *au stade de la passation du marché le remplacement d'un membre d'un groupement d'opérateurs économiques qui ferait l'objet d'un motif d'exclusion.*

114

V. L'obligation de dématérialisation des marchés publics

☐ Dans le cadre des marchés publics, les communications et les échanges d'informations sont réalisés par voie électronique (art. L 2132-2 et R 2132-7 du CCP) :

➤ Depuis le 1er avril 2018, les collectivités et leurs groupements doivent accepter de recevoir des candidats à un marché le document unique de marché européen (DUME) au titre de leur candidature (article R 2143-4 du CCP). L'objectif de ce document est d'harmoniser les documents de candidature au niveau européen ;

☐ Depuis le 1er octobre 2018, les collectivités et leurs groupements doivent, sur un profil d'acheteur :

- Mettre à disposition les documents de la consultation ;
- Permettre la réception des candidatures et des offres et échanger avec les prestataires, entreprises ou fournisseurs ;
- Publier les données essentielles de leurs marchés.

115

☐ Depuis le 1er janvier 2020, le seuil de dispense de procédure ainsi que, par cohérence, le seuil de dématérialisation de la procédure de passation et de publication des données essentielles, a été porté de 25 000 € à 40 000 € HT.

☐ En application du CCP, les marchés inférieurs à 40 000 € HT échappent également à l'obligation de mise à disposition des documents de la consultation sur le profil d'acheteur.

☐ La commune doit, au-dessus de ce seuil (40.000€), faire figurer sur un profil d'acheteur les caractéristiques du marché. Une publicité sur son propre site internet ne suffirait pas.

116

I - Définition du profil d'acheteur

☞ Le profil d'acheteur est une plateforme dématérialisée, un site internet, qui permet :

- De mettre les documents de la consultation à disposition des prestataires, entreprises ou fournisseurs et de réceptionner par voie électronique les candidatures et les offres ;
- De garantir la sécurité et l'intégrité des échanges (horodatage, confidentialité, intégrité, traçabilité, conservation).

☞ Les collectivités et leurs groupements doivent s'assurer que leur profil d'acheteur respecte les dispositions de l'article R 2132-8 du CCP, de l'arrêté du 22 mars 2019 et de l'arrêté du 22 mars 2019 relatif aux exigences minimales des moyens de communication électronique utilisés dans la commande publique.

117

II - Mise à disposition des documents de la consultation sur un profil d'acheteur

☞ *Les documents de la consultation d'un marché public doivent être gratuitement mis à disposition des entreprises, prestataires ou fournisseurs sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis de publicité (art. R 2132-1 et s.).*

Cela s'applique à tous les marchés dont le montant est supérieur à 40.000 € HT pour lesquels a été publié un avis de publicité (JOUÉ, BOAMP, journaux d'annonces légales, publicité adaptée, etc.) à compter du 1er janvier 2020.

L'arrêté du 22 mars 2019 fixe les modalités de mise à disposition des documents de la consultation et de la copie de sauvegarde.

118

III - Réception des candidatures et des offres par voie électronique et échanges

- ☐ De même, pour tous les marchés publics dont le montant est supérieur à 40 000 € HT, doivent être dématérialisées les demandes des entreprises faites aux collectivités, les négociations et les informations des candidats telles que les courriers de rejet ou d'attribution, les notifications, etc.
- ☐ La réponse électronique est obligatoire et le papier n'est plus permis pour tous les marchés publics dont le montant est supérieur à 40 000 € HT (depuis le 1er janvier 2020).

119

☐ *L'acheteur n'est pas tenu d'utiliser des moyens de communication électronique dans les cas suivants (art. R 2132-12) :*

1° Pour les marchés mentionnés aux articles R 2122-1 à R 2122-11 soit :

- ☐ Lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées.
- ☐ Lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ont été présentées, et pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.
- ☐ Lorsque les fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé.
- ☐ Lorsque des livraisons complémentaires exécutées par le fournisseur initial et qui sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'acheteur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. Lorsqu'un tel marché est passé par un pouvoir adjudicateur, sa durée ne peut dépasser, sauf cas dûment justifié, trois ans, périodes de reconduction comprises ; ou encore pour l'achat de matières premières cotées et achetées en bourse.

120

☞ Si une collectivité ou son groupement reçoit une offre papier ou par e-mail, voire une clé USB, l'offre est irrégulière.

☞ Selon la DAJ du ministère de l'Economie, il est toutefois possible de régulariser une offre papier ou une offre ne respectant pas le format électronique requis.

☞ Cette régularisation doit s'appliquer à tous les candidats concernés, que l'offre ait été envoyée par papier ou par support électronique (clé USB, CD-ROM, etc.).

IV - Signature électronique

☞ La mise en place de la signature électronique suppose que les collectivités et leurs groupements ainsi que les entreprises aient acquis un certificat de signature.

☞ La signature électronique du marché par les collectivités d'une part, et par l'entreprise d'autre part, permet de maintenir le caractère dématérialisé et original du contrat. Pour rappel, une signature électronique a la même valeur qu'une signature manuscrite.

121

☞ La signature électronique des marchés publics n'est pas obligatoire ni pour les collectivités et leurs groupements.

☞ Il est donc possible, pour les collectivités et leurs groupements, après avoir reçu l'offre en version dématérialisée, de la « re-matérialiser » pour la signer de manière manuscrite.

☞ Il revient aux collectivités et à leurs groupements de définir, dans le règlement de consultation, si une signature électronique par le prestataire, fournisseur ou entreprise est requise et si elle doit être fournie au moment du dépôt de sa candidature et de son offre ou seulement lors de la signature du contrat après le choix du candidat.

122

- ☞ Si une signature électronique est demandée aux entreprises, cela suppose que les collectivités et leurs groupements possèdent eux-mêmes une signature électronique.
- ☞ Il est possible de permettre aux candidats de répondre sans signature électronique et de signer électroniquement l'acte d'engagement seulement avec le candidat retenu.
- ☞ Selon la DAJ, en répondant à la consultation, le candidat a accepté les conditions de celle-ci. Même non signées, sa candidature et son offre l'engagent, pour la durée prévue dans les documents de consultation.
- ☞ De plus, les formulaires de candidature que sont le DUME ou les DC1, DC2 ou le formulaire MPS, n'ont pas à être signés, que ce soit de manière manuscrite ou électronique.

123

V - Publication des données essentielles

- ☞ Les collectivités et leurs groupements offrent, sur leur profil d'acheteur, un accès libre, direct et complet aux données essentielles des marchés publics répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 40 000 € HT, à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public (art. L. 2196-2).
- ☞ Ces données, qui doivent être mises en ligne au plus tard 2 mois à compter de la date de notification, comprennent les informations suivantes :
 - 1° Le numéro d'identification unique du marché public ;
 - 2° La date de notification du marché public ;
 - 3° La date de publication des données essentielles du marché public initial ;
 - 4° Le nom de l'acheteur ou du mandataire en cas de groupement ; etc.

124

VI. Facturation électronique

- ☞ L'ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique prévoit la généralisation des factures (transmission et réception) sous forme électronique dans les relations entre les personnes publiques et leurs fournisseurs avec la mise à disposition par l'Etat d'une plateforme partagée.
- ☞ Les personnes publiques ont l'obligation de recevoir les factures électroniques depuis le 1er janvier 2017. ladite facturation a permis d'accélérer les paiements publics tout en améliorant l'information.
- ☞ L'ordonnance (art. 2) prévoit la mise à disposition gratuite par l'Etat, sous forme mutualisée, d'un «portail de facturation », permettant le dépôt, la réception et la transmission des factures sous forme électronique.
- ☞ Elle est obligatoire pour tous les acheteurs publics : Etat, collectivités, leurs établissements publics (sauf dérogation prévue dans l'instruction DGFIP). Les mandataires publics ou privés à qui une de ses entités a confié la maîtrise d'ouvrage sont également concernés.
- ☞ Depuis le 1er janvier 2019, les PME sont tenues, comme les grandes entreprises, les personnes publiques, et les ETI, de transmettre leurs factures de façon dématérialisée, via Chorus Pro, mis à disposition par l'Agence pour l'informatique financière de l'Etat (AIFE).

125

Procédure et publicité

126

III. Présentation des différents seuils de publicité

☞ La passation d'un marché public est soumise à des règles de procédure et à des règles de publicité.

→ L'acheteur public doit se conformer à une procédure, déterminée en fonction de la valeur de l'achat et de son objet (travaux, fournitures, services).

→ Et pour garantir une concurrence satisfaisante, l'acheteur doit appliquer des règles de publicité qui varient, elles aussi, en fonction de l'acheteur (collectivité, État, etc.), de la valeur du marché et de l'objet de l'achat.

Seuils de procédure

Les procédures de passation de marchés publics varient en fonction de leur objet :

- Marché de travaux pour la réalisation d'ouvrage, de travaux du bâtiment et de génie civil (ponts, routes, ports, barrages, infrastructures urbaines, etc.),
- Marché de fournitures pour l'achat de matériels, de mobilier ou de produits,
- Marché de services pour l'achat de services matériels (comme l'entretien des locaux **par exemple**) ou immatériels (conseil juridique, projet informatique, etc.).

127

☞ Si la valeur estimée du marché est inférieure aux seuils de procédure formalisée, l'organisme public peut recourir à une procédure adaptée (MAPA) dont il détermine librement les modalités. Au delà, il doit respecter une procédure formalisée pour passer son marché.

☞ Si valeur < à 40 000 € HT, l'acheteur public a pour seule obligation de choisir une offre pertinente et de ne pas contracter systématiquement avec un même fournisseur lorsqu'il y a plusieurs offres susceptibles de répondre à son besoin.

128

Seuils de procédure formalisée - Montants hors taxe

	Seuils de procédure formalisée
Fournitures et services	<ul style="list-style-type: none"> ▸ à partir de 139 000 € pour l'État et ses établissements publics ▸ à partir de 214 000 € pour les collectivités et les établissements publics de santé ▸ à partir de 428 000 € pour un acheteur public qui exerce une activité d'opérateur de réseaux (production, transport ou distribution d'électricité, gaz, eau, etc.)
Travaux	à partir de 5 350 000 €

129

📁 Le passage d'un seuil fait non seulement évoluer la procédure, mais aussi les modalités de la publicité à donner à l'avis de marché.

📁 La publicité peut être réalisée selon différents moyens :

Publication au BOAMP,

Parution dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL),

Publication au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

📁 Le support de publicité employé permet d'avoir une indication sur le montant du besoin de l'acheteur public. S'il publie uniquement sur son site internet ou dans un journal qui n'a pas le statut de journal d'annonces légales, ce montant est forcément inférieur à 90 000 € HT. Une offre supérieure ne pourrait pas être acceptée.

130

Seuils de publicité des marchés de l'État et de ses établissements (Autorités centrales) - Montants hors taxe

	Publicité non obligatoire	Publicité libre ou adaptée	Publicité au BOAMP ou dans un JAL	Publicité au BOAMP et au JOUE
Fournitures et services	en dessous de 40 000 €	de 40 000 € et jusqu'à 89 999,99 €	de 90 000 € à 138 999,99 €	à partir de 139 000 €
Travaux	en dessous de 40 000 €	de 40 000 € et jusqu'à 89 999,99 €	de 90 000 € à 5 349 999,99 €	à partir de 5 350 000 €
	Publicité non obligatoire	Publicité libre ou adaptée	Publicité au JOUE	
Services sociaux et spécifiques ^{cf}	en dessous de 40 000 €	de 40 000 € à 749 999,99 €	à partir de 750 000 €	

Seuils de publicité des marchés des collectivités territoriales, de leurs établissements et de leurs groupements ainsi que des autres acheteurs (sauf l'État) - Montants hors taxe

	Publicité non obligatoire	Publicité libre ou adaptée	Publicité au BOAMP ou dans un JAL	Publicité au BOAMP et au JOUE
Fournitures et services	en dessous de 40 000 €	de 40 000 € et jusqu'à 89 999,99 €	de 90 000 € à 213 999,99 €	à partir de 214 000 €
Travaux	en dessous de 40 000 €	de 40 000 € et jusqu'à 89 999,99 €	de 90 000 € à 5 349 999,99 €	à partir de 5 350 000 €
	Publicité non obligatoire	Publicité libre ou adaptée	Publicité au JOUE	
Services sociaux et spécifiques ^{cf}	en dessous de 40 000 €	de 40 000 € à 749 999,99 €	à partir de 750 000 €	

131

☑ Pour les procédures formalisées, les avis de marché sont d'abord publiés au Journal officiel de l'Union européenne et 48 heures plus tard, au niveau national (BOAMP).

☑ L'organisme public peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal, dans la presse spécialisée correspondant au secteur économique concerné (informatique, communication, travaux,) **par exemple**.

Méthode de calcul des seuils

☑ La règle étant que les marchés publics doivent être passés en lots séparés, c'est la valeur estimée de tous les lots qui doit être prise en compte.

Cependant, il existe 2 dérogations à ce principe qui permettent de passer certains lots en procédure adaptée, même si la valeur globale est supérieure aux seuils de procédure formalisée :

- La valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 € HT pour les fournitures et les services ou à 1 million € HT pour des travaux,
- Le montant cumulé de ces petits lots ne dépasse pas 20 % de la valeur de tous les lots.

☑ L'acheteur public doit estimer le montant de son besoin sur toute la durée du marché, périodes de reconduction comprises.

132

IV. Présentation des différentes procédures de passation

📁 Article L. 2120-1

« Les marchés sont passés, selon leur montant, leur objet ou les circonstances de leur conclusion :

- 1° Soit sans publicité ni mise en concurrence préalables, dans les conditions prévues au chapitre II ;
- 2° Soit selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues au chapitre III;
- 3° Soit selon une procédure formalisée, dans les conditions prévues au chapitre IV.

En matière de marchés publics de services et de fournitures, l'acheteur, pour déterminer la valeur estimée de son besoin, doit prendre en compte la valeur totale des services susceptibles d'être regardés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle. » (article R2121-6).

133

📁 Lorsqu'il s'agit pour l'acheteur d'acquies des services ou des fournitures répondant à des besoins ponctuels, il doit procéder à l'estimation de la totalité des prestations concernées sur toute la durée du marché public.

📁 En revanche, lorsqu'il s'agit de répondre à des besoins récurrents, l'article R. 2121-7 du CCP prévoit deux méthodes de calcul de la valeur estimée du besoin.

📁 Pour les marchés de fournitures ou de services qui répondent à un besoin régulier, la valeur estimée du besoin est déterminée sur la base :

- 1° Soit du montant hors taxes des prestations exécutées au cours des douze mois précédents ou de l'exercice budgétaire précédent, en tenant compte des évolutions du besoin susceptibles d'intervenir au cours des douze mois qui suivent la conclusion du marché ;
- 2° Soit de la valeur estimée des prestations qui seront exécutées au cours des douze mois ou de l'exercice budgétaire qui suit la conclusion du marché.

📁 S'agissant des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamique, le calcul de la valeur estimée du besoin s'effectue par référence à la valeur maximale estimée de la totalité des marchés subséquents ou spécifiques à passer ou des bons de commande à émettre au cours de la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique (article R2121-8).

134

		40.000€	90.000€	139.000€	214.000€	428.000€	750.000€	5.35.0000€	
Fournitures & services	Pub. non obligatoire	Libre ou adaptée	BOAMP ou JAL	BOAMP + JOUE					
Etat/ étab.	Gré à gré	MAPA	Procédure Formalisée						
CT et leur étab./ groupement	Pub. non obligatoire	Libre ou adaptée	BOAMP ou JAL		BOAMP + JOUE				
	Gré à gré	MAPA	Procédure Formalisée						
Opérateurs de réseaux	Pub. Non oblig.	Libre ou adaptée	BOAMP ou JAL			BOAMP + JOUE + profil acheteur			
	Gré à gré	MAPA	Procédure Formalisée						
Travaux tout organisme	Pub. Non obligatoire	Libre et adaptée	MAPA					Procédure Formalisée	
Services soc. & spécifiques	Pub. non obligatoire	Libre et adaptée	MAPA				JOUE	Procédure Formalisée	
	Gré à gré		Procédure Formalisée						
Etat/ étab.	Gré à gré		Procédure Formalisée						
CT et leur étab./ groupement	Pub. non obligatoire	Libre et adaptée	MAPA				JOUE	Procédure Formalisée	
	Gré à gré		Procédure Formalisée						

A. Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables

Article L. 2122-1 CCP

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur.

Les différents cas, limitatifs, dans lesquels peuvent être passés de tels marchés sont précisés aux articles R. 2122-1 à R. 2122-9 ainsi que R. 2122-10 et R. 2122-11 du CCP :

- lors d'une urgence impérieuse,
- lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits,
- lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé.

A. Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables

1. En raison de leur montant et de leur objet

En cas d'urgence :

📁 Article R2122-1

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées.

Tel est notamment le cas des marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux mentionnés aux articles L. 1311-4 (En cas d'urgence, notamment de danger ponctuel imminent pour la santé publique), L. 1331-24 (Lorsque l'utilisation qui est faite de locaux ou installations présente un danger pour la santé ou la sécurité de leurs occupants), L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du code de la santé publique et des articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation ainsi que des marchés passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du code rural et de la pêche maritime.

📁 Ces articles dans leur globalité correspondent à des situations de danger ou de péril, donc d'urgence.

📁 Le marché est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence.

137

📁 En-dehors des exemples mentionnés expressément à l'article R. 2122-1 du CCP, l'acheteur doit démontrer que deux conditions cumulatives sont remplies :

- Il doit exister une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par les procédures formalisées ;
- L'urgence impérieuse doit résulter de circonstances imprévisibles pour l'acheteur qui ne doit pas en être responsable. Elle ne peut ainsi résulter d'irrégularités ou de négligences commises lors de la passation d'un marché.
- **Ex:** une catastrophe technologique ou naturelle.

138

Lorsque, dans le cadre de certaines procédures de passation, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées.

📁 Article R. 2122-2 CCP

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque, dans les cas définis ci-après, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables définies à l'article R. 2144-7 ou des offres inappropriées définies à l'article L. 2152-4 ont été présentées, et pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées :

- 1° Appel d'offres lancé par un pouvoir adjudicateur;
- 2° Procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ;
- 3° Marché répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée ;
- 4° Marché relevant des 3° et 4° de l'article R. 2123-1 (marché ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques ou des services juridiques)

139

📁 S'il apparaît que l'absence d'offres ou le dépôt d'offres inappropriées sont la conséquence d'une définition erronée du besoin, il ne sera pas possible de recourir au marché sans publicité ni mise en concurrence.

Dans ce cas, il conviendra de modifier le cahier des charges et de procéder à de nouvelles mesures de publicité et de mise en concurrence, rendues nécessaires par cette modification des conditions initiales du marché.

📁 Le recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables est possible si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées, y compris lors de négociations.

Le dossier de consultation initial peut, dans ces limites, être adapté pour tenir compte des résultats de la première consultation ou être corrigé afin de prendre en compte les propositions faites par le candidat lors de la négociation.

Cependant, la négociation ne doit pas avoir pour effet d'altérer de manière substantielle l'objet initial ou les conditions initiales de réalisation du marché (CAA Douai, 28 janvier 2016, n° 14DA00039), sauf à rendre la procédure irrégulière.

140

Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé pour des raisons artistiques (a), techniques (b) ou tenant à la protection de droits d'exclusivité (c) (article R. 2122-3)

 Article R 2122-3




L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes :

- 1° *Le marché a pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ;*
- 2° *Des raisons techniques. Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire ;*
- 3° *L'existence de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle.*

Le recours à un opérateur déterminé dans les cas mentionnés aux 2° et 3° n'est justifié que lorsqu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché.

141

Lorsque le marché public répond à un besoin d'une valeur estimée inférieure à 40 000 euros HT (article R. 2122-8)

-  Les marchés répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros HT peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables.
-  Il en est de même des lots dont le montant est inférieur à 40 000 euros HT, à condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur totale estimée de tous les lots.
-  L'acheteur ne se voit donc pas imposer un formalisme, parfois coûteux en temps et en moyens, pour les marchés de très faible montant et de faible enjeu.

142

A. Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables

2. En raison de la qualité de l'acheteur

1. Lorsque le marché est conclu à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement (1° de l'article R. 2122-11).

2. Lorsque le marché a pour objet l'achat de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché (2° de l'article R. 2122-11 du CCP).

143

B. Marchés passés selon une procédure adaptée

☞ Dans le cadre des marchés publics, la procédure adaptée est une procédure dont les modalités sont librement fixées par la collectivité en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des candidats susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

☞ Leur procédure de passation doit être adaptée à la nature et aux caractéristiques du besoin à satisfaire, au nombre ou à la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi qu'aux circonstances de l'achat.

144

Article L. 2123-1 CCP

Une procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique et des dispositions du présent livre, à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée.

L'acheteur peut passer un marché selon une procédure adaptée :

- 1° Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code ;*
- 2° En raison de l'objet de ce marché, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ;*
- 3° Lorsque, alors même que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, la valeur de certains lots est inférieure à un seuil fixé par voie réglementaire.*

145

Conditions de recours aux marchés à procédure adaptée :

Article R. 2123-1 CCP

L'acheteur peut recourir à une procédure adaptée pour passer :

- 1° Un marché dont la valeur estimée hors taxes du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code ;*
- 2° Un lot d'un marché alloté dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée et qui remplit les deux conditions suivantes :*
 - a) La valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros hors taxes pour des travaux ;*
 - b) Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots ;*

146

➤ 3° Un marché ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste figure dans un avis annexé au présent code, quelle que soit la valeur estimée du besoin ;

➤ 4° Un marché ayant pour objet, quelle que soit la valeur estimée du besoin, un ou plusieurs des services juridiques suivants :

a) Services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits ;

b) Services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure visée au a ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte la consultation fera l'objet d'une telle procédure.

147

B. Marchés passés selon une procédure adaptée Déroulement de la procédure

☐ La collectivité peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par les textes, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures.

En revanche, lorsque l'acheteur se réfère expressément à l'une des procédures formalisées, il est tenu de l'appliquer dans son intégralité (art. R 2123-6).

☐ **Commission d'appel d'offres.** L'intervention d'une commission d'appel d'offres ou d'un jury n'est pas obligatoire pour sélectionner des candidats ou attribuer un marché dans le cadre d'une procédure adaptée, mais cela reste possible.

La collectivité pourra recourir à la commission d'appel d'offres, ou à une commission d'élus composée pour l'occasion (il faudra dans ce cas prendre une délibération du conseil).

148

☞ Il faut noter que s'il est décidé de faire appel à la commission d'appel d'offres en marché à procédure adaptée, il faudra préciser que son rôle est purement consultatif car elle n'a pas compétence pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

☞ De même, les règles de composition prévues par le CGCT doivent être respectées (*CAA Lyon, 22 octobre 2009, n° 07LY01393*). Un procès-verbal doit également être établi.

☞ Afin de normaliser les procédures de passation des marchés à procédure adaptée, les collectivités peuvent établir des règles internes.

2. Rédaction du marché

☞ Obligation de l'écrit. *Les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 40 000 € HT sont conclus par écrit* (art. R 2112-1).

☞ La forme de l'écrit est libre (acte d'engagement, lettre, contrat, devis accompagné de l'accord de la collectivité, courriel, etc.).

149

☞ Par exception, les marchés de maîtrise d'œuvre ainsi que les contrats d'assurance doivent être systématiquement écrits. Ainsi, l'acte d'engagement du candidat qui permet de formaliser l'offre n'est pas obligatoire.

☞ Le formulaire ATTRI1 est un modèle d'acte d'engagement qui peut être utilisé par l'acheteur, s'il le souhaite, pour conclure un marché ou un accord-cadre avec le candidat déclaré attributaire.

☞ Dossier de consultation en procédure adaptée. Le choix entre la rédaction d'une simple lettre de commande ou la rédaction d'un cahier des charges et ses pièces techniques va dépendre de plusieurs paramètres, et notamment du prix, ainsi que de l'objet et de la nature des prestations envisagées (condition de réalisation des prestations et degré de complexité).

150

☐ Règlement de la consultation. Il est préconisé d'établir un règlement de la consultation qui, d'une part, informe les candidats sur l'objet et les caractéristiques du marché et, d'autre part, précise le déroulement de la procédure. Ce document peut parfois être très succinct.

☐ Cahier des charges. Il sert à définir le besoin de l'acheteur. La rédaction d'un cahier des charges est facultative mais recommandée, notamment pour les marchés dont le montant est supérieur à 90 000 € HT et dans le cas où la collectivité souhaite imposer des dispositions particulières au candidat retenu.

☐ Le renvoi au CCAG adéquat peut être pertinent car il permet de prévenir d'éventuelles difficultés d'exécution.

151

C. Marchés passés selon une procédure formalisée

☐ Selon l'article L.2124-1 du CCP, *lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe au présent code, l'acheteur passe son marché selon l'une des procédures formalisées définies par le présent chapitre, dans les conditions et selon les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.*

Seuils européens :

Pour les pouvoirs adjudicateurs autorités centrales :

- Marchés publics de travaux : 5 548 000 € HT
- Marchés publics de fournitures ou de services : 144 000 € HT

Pour les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités centrales

- Marchés publics de travaux : 5 548 000 € HT
- Marchés publics de fournitures ou de services : 214.000 € HT

152

C. Marchés passés selon une procédure formalisée

Appel d'offres

1. La présentation de la notion

L'appel d'offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

L'appel d'offres est utilisé pour les achats de fournitures et de services des collectivités territoriales de 214 000 € et plus.

Pour les marchés de travaux de ces collectivités, le seuil est de 5 350 000 €.

2. Les deux catégories d'appel d'offres

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint :

- L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre
- L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls les candidats qui y ont été autorisés après sélection peuvent remettre des offres.

153

1. Appel d'offres

a. L'appel d'offres ouvert

1. Rédaction du règlement de la consultation

☞ Les marchés et accords-cadres passés après mise en concurrence font l'objet d'un règlement de la consultation, qui est l'un des « documents de la consultation. Ce règlement distingue d'une part, les critères de sélection des candidatures, qui permettent d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats et, d'autre part, les critères d'attribution qui permettent de choisir les offres.

2. Rédaction des cahiers des charges administratif et technique.

☞ Les clauses du marché public peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que:

- Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés publics ;

- Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature.

154

Lorsque l'acheteur fait référence à des documents généraux, le marché public comporte, le cas échéant, l'indication des articles de ces documents auxquels il déroge (art. R 2112-2 et 3).

3. Délais pour la réception des offres

Le délai minimal de réception des candidatures et des offres est de 35 jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché (art. R 2161-2).

Ce délai minimal peut toutefois être ramené (art. R 2161-3) :

- à 15 jours si l'acheteur a publié un avis de pré information ou un avis périodique indicatif qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence et lorsque les conditions suivantes sont réunies :

L'avis de pré information ou l'avis périodique indicatif a été envoyé pour publication 35 jours au moins à 12 mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché, Cet avis contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication.

155

▶ à 30 jours si les candidatures et les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique

▶ à 15 jours lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend le délai minimal impossible à respecter (modèle européen d'avis de pré information).

4. Convocation de la commission d'appel d'offres

Composition :

Pour les communes de – 3.500 H : Le Maire + 3 membres

Pour les communes de + 3.500 H : Le Maire + 5 membres

Les convocations aux réunions de la commission sont adressées à leurs membres au moins 5 jours francs avant la date prévue pour la réunion. La convocation de la CAO a lieu à l'occasion de chaque procédure de marché.

La CAO examine les candidatures et les offres, élimine les offres non conformes à l'objet du marché, choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, attribue le marché et a le pouvoir de déclarer l'appel d'offres infructueux.

156

5. Enregistrement des candidatures et des offres

1. Registre des dépôts

- ☑ Les acheteurs publics disposent de formulaires (série OUV) qui constituent des supports non obligatoires visant à faciliter la procédure de passation d'un marché public.
 - ☑ Le formulaire OUV1 est proposé aux acheteurs publics pour enregistrer, au fur et à mesure de leur réception, les plis reçus, sur support papier et sur support électronique, dans le cadre d'une consultation.
 - ☑ Il permet d'enregistrer et d'attribuer un numéro d'ordre d'arrivée à chacun des plis transmis par les candidats. Il précise également la date et l'heure de réception de chaque pli. Il peut être remplacé par un registre dématérialisé disponible sur le profil d'acheteur utilisé dans le cadre de la consultation.
- ☑ Le formulaire OUV1 permet, pour chaque candidat :
- de détailler son identification
 - de vérifier les personnes physiques qui sont habilitées à l'engager
 - de disposer des renseignements sur sa situation financière.

157

2. Ouverture des plis par le pouvoir adjudicateur

- ☑ Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence.
- ☑ L'ouverture des plis n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis.
- ☑ S'il n'y a plus d'obligation d'ouvrir les plis en commission d'appel d'offres, il peut être pertinent d'ouvrir les plis en présence de plusieurs personnes.
- ☑ La commission d'appel d'offres enregistre le contenu de chaque offre. L'absence d'enregistrement formel du contenu des offres est susceptible d'entraîner l'irrégularité de la procédure (*TA Lyon, 25 mars 2004, n° 0304777 ; CE, 20 avril 2006, préfet de la région Rhône-Alpes c/ région Rhône-Alpes*).

158

3. Composition des dossiers de candidature

☞ Le dossier de candidature doit au moins comporter :

- une lettre de candidature, qui est utilisée par les candidats aux marchés publics pour présenter leur candidature ou leur offre ;
- une déclaration du candidat, qui peut être utilisée par les candidats à l'appui de leur candidature ;
- un acte d'engagement, qui est destiné à constituer l'acte d'engagement des marchés publics.

Il s'agit de la pièce signée par un candidat, dans laquelle il présente son offre ou sa proposition et adhère aux clauses que la personne publique a rédigées. Il est ensuite signé par la personne publique.

159

☞ Les candidats peuvent utiliser les formulaires édités par le ministère de l'Economie :

- DC1 : lettre d'accompagnement de la candidature qui permet à la collectivité d'identifier le candidat (signée par le candidat individuel ou par tous les membres du groupement, et qui contient toutes les attestations sur l'honneur).
- DC2 : document qui permet à la collectivité de s'assurer que le candidat remplit les conditions nécessaires pour accéder aux marchés publics et présente les garanties techniques, professionnelles et financières suffisantes ;
- ATTR1 : acte d'engagement ;

☞ La collectivité ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager. La liste de ces renseignements et documents est fixée par l'arrêté du 22 mars 2019.

160

4. Procès-verbal d'ouverture des plis

☑ formulaire OUV2 pour enregistrer toutes les pièces contenues dans chacun des plis transmis par les candidats et consigné dans le registre des dépôts (formulaire OUV1).

Dans le cas où des pièces dont la production était réclamée par l'acheteur public sont absentes ou incomplètes, le registre fait état de l'éventuelle demande de complément du dossier de candidature adressée au candidat.

Il indique également, pour chacun des lots concernés, le montant (HT et TTC) de l'offre faite par le candidat.

161

VI - Sélection des candidatures et des offres par la CAO

☑ *L'acheteur peut décider d'examiner les offres avant les candidatures. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il s'assure que la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection s'effectue de manière impartiale et transparente, afin que le marché public ne soit pas attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu ou qui ne remplit pas les critères de sélection établis par l'acheteur (art. R 2161-4).*

☑ La CAO peut trancher sur la recevabilité des candidatures et le choix des offres au cours de la même séance.

1. Les candidatures

☑ *L'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous (art. R 2144-2).*

☑ *Procès-verbal de la commission d'appel d'offres, admission des candidatures.* Possibilité d'utiliser le formulaire OUV4 pour consigner toutes les décisions relatives à l'admission des candidatures: Il doit être signé par tous les membres de la CAO qui ont assisté à la séance consacrée à l'examen des candidatures.

162

2. Sélection des offres

- ☞ *C'est la commission d'appel d'offres qui choisit l'offre économiquement la plus avantageuse (art. L 1414-2 du CGCT).*
- ☞ La décision d'attribution du marché est une décision distincte de l'acte par lequel l'autorité publique contractante signe le marché.
- ☞ La CAO juge chaque offre au regard des critères de choix prédéfinis et de leur pondération.
- ☞ Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter leur offre.

163

- ☞ Formulaire OUV6 pour demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.

Il peut aussi être utilisé par les acheteurs publics qui sollicitent des précisions écrites relatives à une offre paraissant anormalement basse ou qui veulent demander des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments sur l'offre du candidat.

Il constitue une annexe à l'acte d'engagement et doit être signé par le représentant du pouvoir adjudicateur.

- ☞ Formulaire OUV7 proposé aux candidats pour apporter les précisions, compléments, voire les clarifications ou perfectionnements relatifs à leur offre qui ont été demandés par l'acheteur public.

Le candidat peut fournir tous les documents qu'il estime nécessaires. Dans le cas d'une offre paraissant anormalement basse, le candidat doit produire toutes les justifications nécessaires en complément des précisions demandées.

164

☑ **Rapport d'analyse des offres.** Les acheteurs publics disposent d'un modèle proposé pour faciliter et formaliser l'analyse des offres reçues.

Il est renseigné par les services de l'acheteur public et sera remis au pouvoir adjudicateur (commission d'appel d'offres) pour que ce dernier puisse prendre sa décision d'attribution du marché public ou de l'accord-cadre.

Tous les éléments d'analyse des offres figurent dans le formulaire OUV8. Ce document contient les propositions relatives à l'élimination des offres et au classement des offres non éliminées.

Il comporte la proposition d'attribution du marché public ou de l'accord-cadre, ou la proposition de déclaration sans suite ou à caractère infructueux.

165

☑ **Procès-verbal de la commission d'appel d'offres, décision d'attribution.**

Formulaire OUV9 pour consigner les décisions de la CAO relatives au classement des offres et au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Sur la base du rapport d'analyse des offres (formulaire OUV8), il comporte toutes les décisions de la CAO relatives à l'élimination des offres et au classement des offres non éliminées.

Il formalise la décision d'attribution, avec une identification de l'attributaire, ou une éventuelle déclaration sans suite ou d'infructuosité prise par la CAO.

Il doit être signé par tous les membres de la CAO qui ont assisté à la séance consacrée à l'examen des offres.

166

5. Procédure infructueuse ou sans suite

☞ Lorsque aucune candidature ou aucune offre n'a été remise ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres inacceptables, l'appel d'offres est déclaré sans suite ou infructueux par la CAO.

☞ Les candidats qui ont remis un dossier à la collectivité en sont informés.

☞ Lorsque l'appel d'offres est déclaré infructueux, il est possible de mettre en œuvre :

- soit un nouvel appel d'offres
- soit un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence (art. R 2122-2).

La commission d'appel d'offres choisit le type de procédure à mettre en œuvre.

A tout moment, la procédure peut être déclarée sans suite pour des motifs d'intérêt général. Les candidats en sont informés.

167

1. Appel d'offres b. L'appel d'offres fermé

☞ Cette procédure se décompose en deux temps :

- Le premier temps est consacré à la sélection des candidatures sur des critères objectifs prédéfinis, suite à la publication d'un avis de marché ;
- le second temps ne concerne que les entreprises présélectionnées, invitées à présenter une offre.

☞ Les pouvoirs adjudicateurs peuvent fixer un nombre minimum de candidats qui seront admis à présenter une offre. Ce nombre ne peut être inférieur à 5 pour les seuls pouvoirs adjudicateurs.

☞ Il peut également fixer un nombre maximum. Dans ces conditions, si le nombre de candidatures recevables est supérieur au nombre maximum indiqué dans l'avis de marché, seules seront admises les entreprises classées dans l'ordre décroissant jusqu'à ce nombre maximum.

168

1. Publier un avis de pré-information pour réduire le délai de réception des offres : article 39 CCP :

- A partir du seuil de 750 000 euros HT pour les fournitures et les services et de 5 186 000 euros HT pour les travaux, un avis de pré-information peut être soit adressé pour publication à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, soit publié sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur.
- Le pouvoir adjudicateur qui publie l'avis de pré-information sur son profil d'acheteur envoie au préalable, par voie électronique, à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, un avis annonçant la publication de cet avis. La date de cet envoi est mentionnée sur l'avis de pré-information publié sur le profil d'acheteur.

169

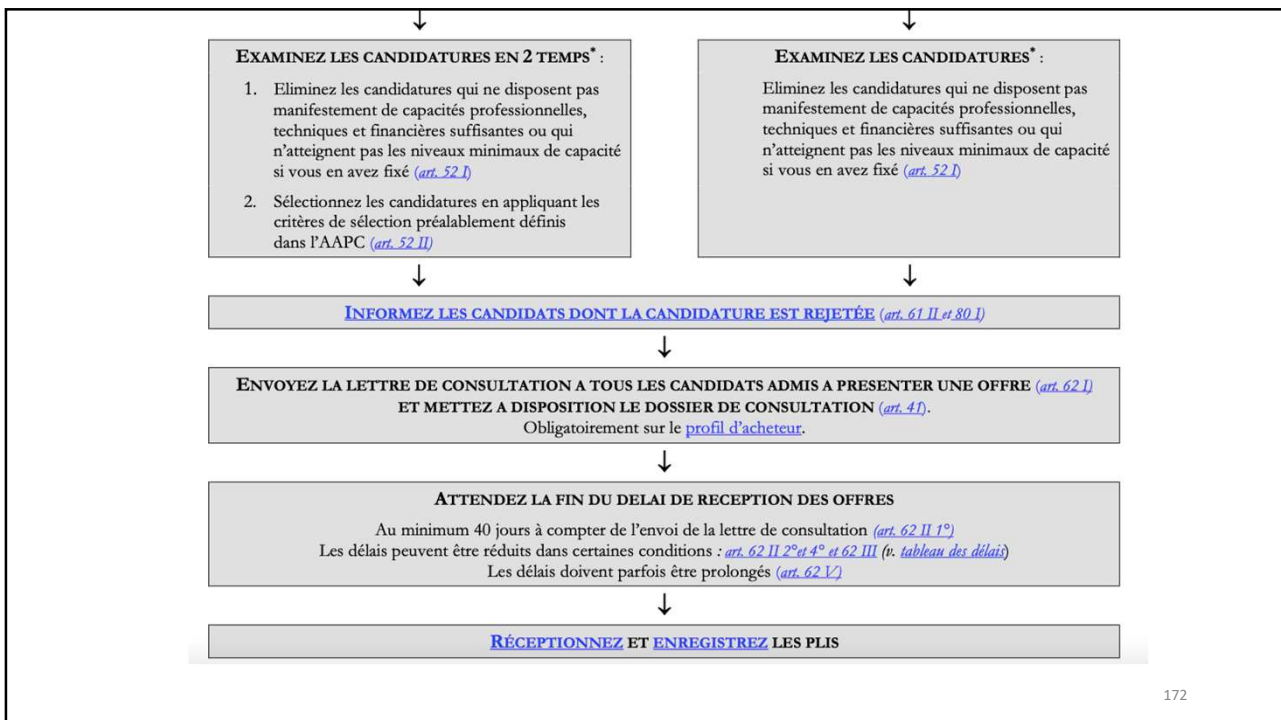
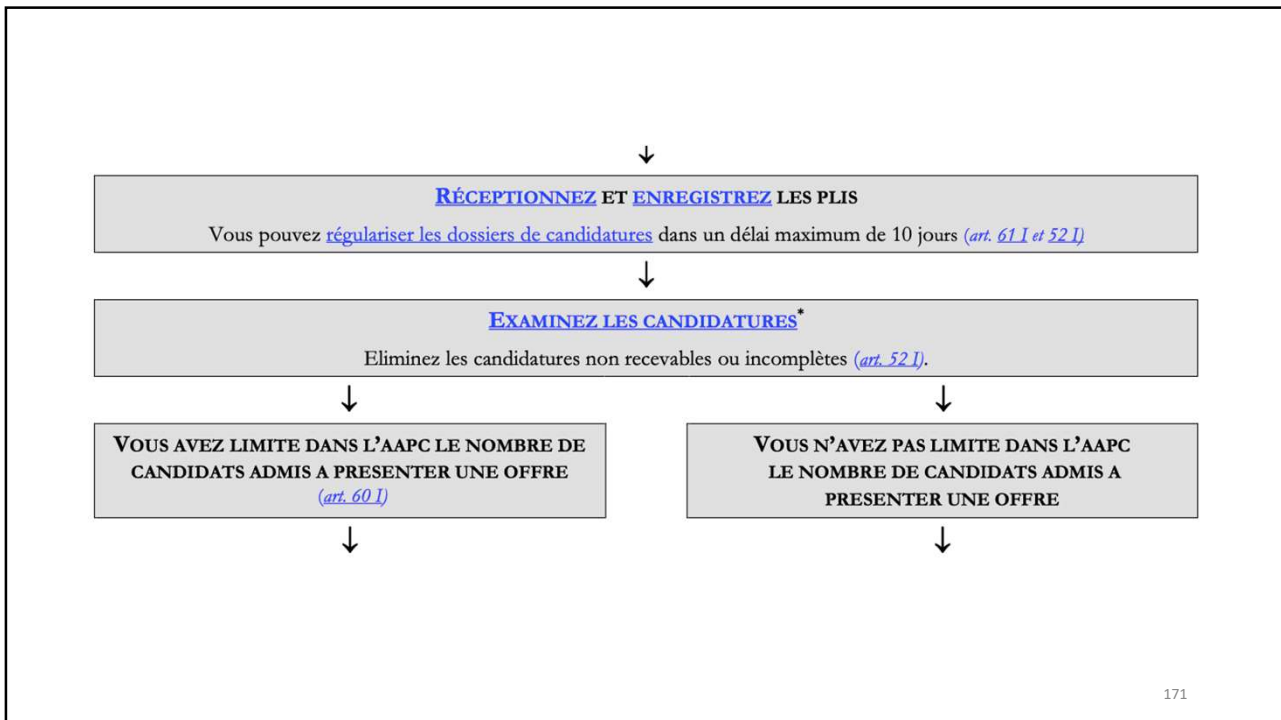
2. Rédigez l'AAPC et le dossier de consultation des entreprises

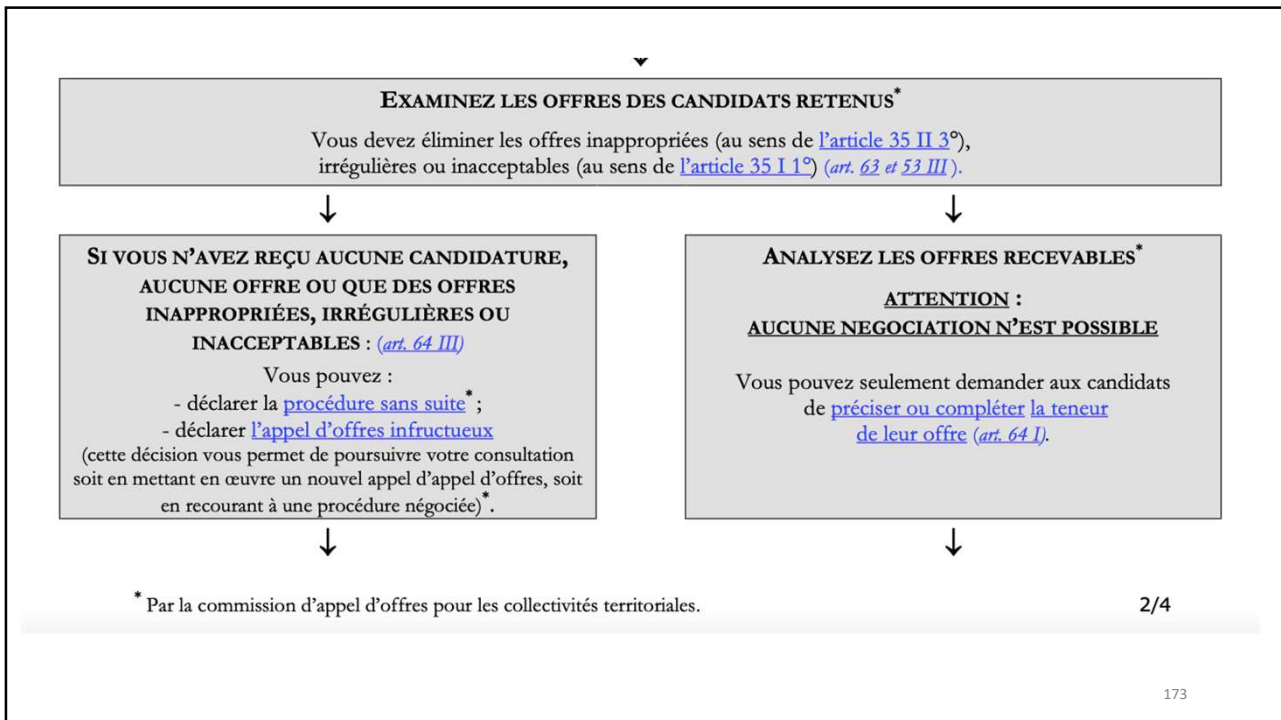
- avis d'appel public à la concurrence (AAPC)

Le délai minimal de réception des candidatures, en réponse à un avis d'appel public à la concurrence, est de trente-sept jours, à compter de la date d'envoi de l'avis, ou de trente jours si l'avis a été envoyé par voie électronique.

- Pièces constitutives du marché : acte d'engagement, cahiers des clauses administratives et techniques,
- Règlement de la consultation → Ce règlement est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence.

170





C. Marchés passés selon une procédure formalisée

2. Dialogue compétitif

- ☞ Selon l'article L2124-4 du CCP, *le dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre.*
- ☞ En fonction de son expérience et des technologies qu'il maîtrise, chaque candidat va pouvoir proposer la solution qui lui paraît le mieux répondre aux besoins décrits dans le programme fonctionnel.
- ☞ Les offres reçues ne sont pas, à ce stade, des offres à prendre ou à laisser telles quelles. Elles vont pouvoir être améliorées et complétées, grâce au dialogue que l'acheteur mènera avec chaque candidat.

174

☞ Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure du dialogue compétitif dans les cas mentionnés à l'article R. 2124-3 (soit dans les mêmes cas que la procédure avec négociation). Ex: lorsque le besoin consiste à une solution innovante, etc. Les cas de recours du dialogue compétitif sont identiques à celles de la procédure avec négociation en vertu de l'article R. 2124-3 du CCP (exposé dans la procédure suivante).

☞ Cette situation peut notamment se présenter pour la **réalisation d'importantes infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structure, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance.** »

☞ **Exemple** du pouvoir adjudicateur qui veut établir une liaison entre deux rives d'une fleuve – il est tout à fait possible qu'il n'arrive pas à déterminer si la solution meilleure soit un pont ou un tunnel, même s'il serait en mesure d'établir les spécifications techniques pour le pont (suspendu, métallique, ...) ou pour le tunnel (à un ou plusieurs tubes, à construire sous ou sur le lit du fleuve ...). Dans ce cas, le recours au dialogue compétitif serait justifié.

175

VI. Les accords cadres

Article L. 2125-1 du CCP

L'acheteur peut, dans le respect des règles applicables aux procédures définies au présent titre, recourir à des techniques d'achat pour procéder à la présélection d'opérateurs économiques susceptibles de répondre à son besoin ou permettre la présentation des offres ou leur sélection, selon des modalités particulières.

Les techniques d'achat sont les suivantes :

1° L'accord-cadre, qui permet de présélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques en vue de conclure un contrat établissant tout ou partie des règles relatives aux commandes à passer au cours d'une période donnée.

La durée des accords-cadres ne peut dépasser **quatre ans** pour les pouvoirs adjudicateurs, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur l'objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure ; (...).

176

☞ Les marchés à bons de commande sont intégrés dans la catégorie des accords-cadre.

Si l'accord-cadre ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles, il donne lieu à la conclusion de « *marchés subséquents* ».

Dans le cas contraire, si toutes les stipulations contractuelles sont fixées dans l'accord-cadre, celui-ci sera exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande.

L'acheteur pourra également mêler ces deux options et recourir à un accord-cadre exécuté en partie par la conclusion de marchés subséquents et en partie par l'émission de bons de commande.

177

1. Des dispositions communes régissant tous les accords-cadres

1.1. Le recours à l'accord-cadre relève de l'appréciation de l'acheteur.

☞ Aucune condition particulière n'est imposée pour pouvoir recourir aux accords-cadres. Ils peuvent être conclus dans tous les domaines (travaux, fournitures et services).

☞ La philosophie de l'accord-cadre repose sur la possibilité d'ajuster la réponse aux besoins, à mesure de l'apparition de ceux-ci.

☞ L'accord-cadre exécuté au moyen de marchés subséquents offre la possibilité de ne pas définir, à l'avance, de manière précise, les règles qui prévaudront pour le choix du prestataire appelé à exécuter les prestations et de pouvoir mettre en concurrence les titulaires de l'accord-cadre afin de bénéficier, tout au long de l'accord cadre, de la meilleure qualité au meilleur prix.

☞ Les accords-cadres à bons de commande sont particulièrement adaptés aux achats répétitifs de fournitures ou services courants tels que par exemple, les fournitures de bureaux, les denrées alimentaires, le gardiennage ou le nettoyage des locaux.

178

☞ Dans l'hypothèse d'un accord-cadre assorti d'un montant maximum, ce montant constitue la limite supérieure des obligations contractuelles tant du pouvoir adjudicateur que du ou des titulaires de l'accord-cadre → il prend fin de plein droit dès lors que le montant maximum est atteint et ce, quand bien même sa durée de validité ne serait pas encore expirée.

☞ En revanche, il s'avère impossible de mettre fin à l'accord-cadre avant son terme au seul motif que le montant minimum fixé aurait été atteint.

179

1.2.3. L'accord-cadre peut être mono-attributaire ou multi-attributaire

☞ La détermination *a priori* par l'acheteur, du nombre de titulaires qu'il a l'intention de retenir doit être guidée par le souci d'instaurer un équilibre entre les nécessités d'une procédure d'achat, qui doit être rapide, et la préservation d'une concurrence effective entre les titulaires eux-mêmes au sein de l'accord-cadre. Ce choix relevé de la libre appréciation de l'acheteur.

1.2.4. L'accord-cadre peut être conclu avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou avec un minimum, ou avec un maximum, ou encore sans minimum ni maximum

1.2.4.1. Existence d'un minimum ou d'un maximum

☞ Lorsqu'un accord-cadre est attribué à un seul titulaire, l'administration est tenue de conclure avec lui des marchés subséquents ou de passer des commandes à hauteur du minimum apprécié sur la durée totale de l'accord-cadre, sauf à devoir indemniser le titulaire.

180

- ☐ L'engagement de l'acheteur sur un montant minimum crée un droit à indemnisation au profit du titulaire unique dans l'hypothèse où ce montant ne serait pas atteint (CE, 10 octobre 2018, *Société du Docteur Jacques Franc*, n° 410501). En l'espèce il s'agissait d'un marché d'interprétation des clichés radiographiques.
- ☐ Le montant de l'indemnisation correspondra à la marge bénéficiaire nette supplémentaire qu'aurait dégagée le titulaire en cas d'exécution des commandes manquantes pour atteindre ce minimum.
- ☐ Dans le cas particulier des accords-cadres multi-attributaires, le droit à indemnisation sera difficile à établir. Deux hypothèses peuvent être envisagées.
 - 1° Si le niveau minimum de commandes n'est pas atteint du fait de l'infructuosité des diverses remises en concurrence des co-titulaires de l'accord-cadre, l'acheteur ne peut se voir reprocher une quelconque faute. Aucune indemnité ne saurait être versée à ce titre.
 - 2° Si l'acheteur n'a pas pris les dispositions nécessaires pour remettre en concurrence les co-attributaires afin d'atteindre le montant minimum, il a manqué à ses engagements envers les titulaires de l'accord-cadre.

181

1.2.4.2. Absence de montant minimum et maximum.

- ☐ Même si l'accord-cadre ne fixe pas de montant minimum ou maximum, la rubrique « description des prestations » du formulaire européen d'avis de marché qui prévoit de préciser la nature et la quantité des prestations doit être remplie (CE, 20 mai 2009, *Ministre de la Défense*, n°316601). Il s'agissait d'un accord-cadre ayant pour objet la fourniture de matériels de cuisine au profit des centres de restauration militaires de la marine nationale relevant de l'arrondissement maritime de Brest et de la région parisienne.
- ☐ Les acheteurs doivent donc renseigner cette rubrique en indiquant, à titre indicatif et prévisionnel, les quantités à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue de l'accord-cadre.
- ☐ Dans l'hypothèse où l'accord-cadre ne fixe pas de maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils européens.

182

1.3. L'accord-cadre est un système fermé pendant sa durée d'exécution mais ne suppose pas nécessairement une exclusivité d'achats auprès du ou des titulaires.

☐ Cela signifie que, une fois l'accord-cadre conclu avec un ou plusieurs titulaires, aucun opérateur économique supplémentaire ne peut y adhérer et que seuls le ou les titulaire(s) de l'accord-cadre peuvent se voir attribuer des marchés subséquents ou des bons de commande.

☐ Toutefois il est possible de passer d'autres marchés pendant la durée de l'accord-cadre. L'acheteur devra dans ce cas prévoir dans les documents contractuels la possibilité de recourir à des tiers pour certains types de prestations prévues au contrat sous certaines conditions déterminées.

Afin de se prémunir de tout risque contentieux, les clauses contractuelles dérogeant au principe d'exclusivité du ou des titulaires devront être suffisamment précises.

183

☐ Elles devront indiquer le périmètre des prestations concernées, le montant estimatif ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

☐ Le recours à des tiers au contrat doit être justifié par des raisons objectives et être précédé de mesures de publicité et de mise en concurrence applicables dans le respect des règles relatives à l'estimation de la valeur des besoins, sauf exception.

Exemple : l'acheteur pourra valablement recourir à un tiers en cas d'incapacité des titulaires de l'accord-cadre de lui fournir les prestations, par exemple en cas de rupture de stocks pour l'achat de médicaments, si cela est prévu dans l'accord-cadre.

184

VII. Les marchés globaux

Les 3 catégories de marchés globaux :

-1- Le marché de conception-réalisation

Prévus par l'article L. 2171-2 du CCP, ce sont des marchés de travaux permettant à l'acheteur de confier simultanément la réalisation d'études (la conception) et l'exécution de travaux (la réalisation) à un groupement d'opérateurs économiques ou à un seul opérateur pour les ouvrages d'infrastructures.

Un tel marché est confié à un groupement d'opérateurs économiques. Il peut toutefois être confié à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures.

Exemple : Ont pu faire l'objet d'un marché de conception-réalisation la construction d'un parking souterrain entraînant d'importantes difficultés, liées à la grande profondeur de l'ouvrage, à la proximité de nappes phréatiques et à l'utilisation éventuelle d'explosifs.

A l'inverse, la réalisation d'un complexe multisport qui, malgré une superficie très importante, « ne présente toutefois pas des dimensions exceptionnelles pouvant être regardées comme constituant un motif d'ordre technique au sens des dispositions du code des marchés publics ».

185

-2- Le marché global de performance

Défini par l'article L. 2171-3 du CCP, le marché global de performance permet à l'acheteur d'associer l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations (de travaux, de fournitures ou de services), afin de remplir des objectifs chiffrés de performance.

Il s'agit également d'un outil particulièrement utile à l'acheteur pour satisfaire à ses obligations liées à des préoccupations environnementales.

Le dispositif n'est toutefois pas limité à la seule performance énergétique. Il peut être utilisé pour satisfaire tout objectif de performance mesurable. Il peut s'agir notamment d'objectifs définis en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces objectifs peuvent naturellement se cumuler.

Un exemple de marché global de performances est celui portant sur la conception, la réalisation, l'exploitation et la maintenance d'une infrastructure de communications électriques à très haut débit, (Cf. *Conseil d'État, N° 426096*). Il peut s'agir aussi de la rénovation énergétique de bâtiments.

186

-3- Les contrats globaux sectoriels

- ☞ Les contrats globaux sectoriels permettent aux acheteurs de confier à un même opérateur économique une mission globale ayant notamment pour objet la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et/ou la maintenance des ouvrages construits.
- ☞ Ce marché n'est pas conditionné par la présence de motifs d'ordre techniques ou d'objectifs de performance.
- ☞ Les marchés globaux sectoriels concernent les domaines tels que : les immeubles affectés à la police nationale, les établissements pénitentiaires etc.

Un **exemple** de marché sectoriel : la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris.

187

VIII. L'achèvement de la procédure en procédure adaptée et en appel d'offres

- ☞ Avant de signer le contrat, l'acheteur doit avoir effectué l'ensemble des vérifications nécessaires afin de s'assurer que la situation juridique de l'attributaire pressenti l'autorise à exécuter le marché public.
- ☞ Afin de garantir les principes fondamentaux de la commande publique **l'acheteur doit notifier aux candidats le rejet de leur offre**. Cette communication peut se faire d'office ou à la demande des candidats évincés. Ladite communication contient les motifs ayant conduit au rejet de leurs offres, le nom de l'attributaire du marché et les éléments permettant de comprendre pourquoi l'offre de l'attributaire a été choisie vis-à-vis des offres des candidats évincés.
- ☞ L'information des candidats évincés du rejet de leur offre les déliant de leur engagement, l'envoi des notifications de rejet ne doit toutefois intervenir qu'à l'issue de la vérification de la situation du futur titulaire.

188

☐ Après le respect d'un délai de suspension, obligatoire en procédure formalisée, au cours duquel un référé précontractuel peut éventuellement être engagé, le marché public est signé par l'acheteur et notifié au titulaire.

Le délai de "stand still" est le délai de **16 jours** compté à partir de la notification du rejet des offres aux candidats non retenus, réduit à **11 jours** en cas de procédure électronique, durant lequel il est interdit de procéder à la signature du marché. Ce délai est conçu pour permettre à un candidat s'estimant lésé de pouvoir introduire un référé précontractuel devant le juge administratif (article R.2182-1 CCP)

Article R2182-2 : *le respect du délai mentionné à l'article R. 2182-1 n'est pas exigé :*

1° Lorsque le marché est attribué au seul opérateur ayant participé à la consultation

2° Pour l'attribution des marchés subséquents, fondés sur un accord-cadre, ou des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique.

189

☐ Lorsque le marché public répond à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens, un avis d'attribution doit être publié.

Cette formalité, qui achève la procédure de passation, permet de faire courir les délais de recours contentieux contre la procédure et le contrat.

☐ Avant de conclure le marché public, l'acheteur a le devoir de s'assurer que le futur titulaire du contrat est en règle de ses obligations fiscales et sociales et qu'il ne se trouve dans aucun autre motif d'exclusion de la procédure de passation du marché prévu par le CCP.

Le cas échéant, l'acheteur doit également exiger de l'attributaire la signature de son offre. La capacité juridique du signataire du marché public doit, de même, être vérifiée.

190

1. En procédure formalisée.

- Outre les motifs du rejet de son offre, la notification comprend également le nom de l'attributaire du marché public et les motifs qui ont conduit au choix de son offre.
- La lettre de rejet doit ainsi préciser les raisons qui ont conduit l'acheteur à choisir l'offre de l'attributaire.
- ☞ A cet égard, le Conseil d'Etat a considéré qu'était suffisante la communication des notes et du classement de l'intéressé ainsi que le nom de l'attributaire et les notes obtenues par celui-ci .
- ☞ La motivation du choix de l'offre retenue doit permettre au candidat évincé de comprendre pourquoi son offre a été considérée comme économiquement moins avantageuse que celle sélectionnée et, s'il le souhaite, de contester utilement son éviction.

191

- ☞ Dès lors que son offre n'a pas été rejetée au motif qu'elle était inappropriée, inacceptable ou irrégulière, tout soumissionnaire qui en fait la demande a le droit à la communication, dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande, des caractéristiques et des avantages de l'offre retenue.
- ☞ A ce titre et sous réserve de ne pas porter atteinte aux secrets protégés par la loi, l'acheteur ne peut refuser de communiquer les éléments relatifs à l'offre retenue tels que le prix, les notes obtenues au titre des « sous-critères », ou encore les délais d'exécution.

192

2. L'information des candidats évincés en procédure adaptée.

☞ Cette obligation d'information est moins étendue qu'en procédure formalisée.

L'acheteur n'est pas tenu de faire figurer dans la notification ni les motifs du rejet de l'offre, ni le nom de l'attributaire ainsi que les motifs ayant conduit au choix de son offre.

☞ Les motifs de rejet de l'offre doivent toutefois être communiqués à tout soumissionnaire qui en ferait la demande écrite et ce, dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande.

☞ Les demandes d'information ne sont enserrées dans aucun délai et peuvent donc être effectuées à tout moment, avant, comme après la signature du marché.

☞ A l'instar de l'information immédiate donnée en procédure formalisée, les motifs doivent être suffisamment détaillés, pour permettre au candidat de contester utilement son éviction, le cas échéant, suite à l'information du rejet de son offre.

193

4. Sanction du défaut d'information.

☞ L'information des candidats évincés constitue une obligation dont la violation est susceptible d'être sanctionnée par le juge des référés précontractuel et contractuel. Notamment, le juge des référés précontractuels peut enjoindre à l'acheteur de procéder à la communication des informations demandées dans un délai qu'il détermine.

☞ Toutefois, ce manquement ne peut être invoqué par le requérant que s'il est susceptible de le léser. Tel est le cas lorsque la méconnaissance de l'obligation d'information a empêché l'entreprise de contester utilement le rejet de son offre.

☞ En revanche, ce manquement n'est pas constitué si les motifs détaillés de ce rejet ont été communiqués au candidat évincé, à la date à laquelle le juge des référés statue, lui permettant de contester utilement son éviction, ou si les informations demandées sont étrangères aux caractéristiques de l'offre retenue.

194

5. Délibération autorisant le représentant du pouvoir adjudicateur à signer le marché.

Au terme de la procédure, il existe trois cas de figure possibles :

- L'assemblée délibérante autorise le représentant du pouvoir adjudicateur à signer le marché ;
- Le représentant a reçu une délégation pour prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés (art. L 2122-22, 4° du CGCT pour les communes ; art. L 5211-10 pour les EPCI) ;
- La délibération a été prise en amont de la procédure. Pour être valable, cette délibération doit comporter obligatoirement la définition de l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché.

6. Signature du marché.

- ☑ La signature du marché ne pourra intervenir qu'après transmission de la délibération autorisant le représentant du pouvoir adjudicateur à signer le marché en préfecture ou sous-préfecture.

195

- ☑ La conclusion du marché est matérialisée par l'apposition, par le représentant de l'acheteur public, de sa signature sur l'acte d'engagement. Seule cette signature noue la relation contractuelle entre l'acheteur et le candidat dont l'offre a été jugée économiquement la plus avantageuse.

- ☑ L'attribution du marché doit intervenir dans le délai de validité des offres.

7. Transmission du marché au contrôle de légalité (préfecture ou sous-préfecture)

- ☑ Conformément à l'articles L. 2131-2 du CGCT, le marché est transmis au représentant de l'Etat dans le département dans les 15 jours qui suivent sa signature.

8. Notification du marché au candidat retenu

- ☑ Après transmission au contrôle de légalité, le marché est notifié au candidat sélectionné. Les marchés et accords-cadres d'un montant supérieur à 40 000 € HT sont notifiés avant tout commencement d'exécution. La notification consiste en l'envoi d'une copie du marché signé au titulaire. La date de notification est la date de réception de cette copie par le titulaire. Le marché prend effet à cette date.

196

9. Publication d'un avis d'attribution

Article R 2183-1

Pour les marchés répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code, l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché, un avis d'attribution dans les conditions suivantes :

- *1° Pour l'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements l'avis est publié dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne ;*
- *2° Pour les autres acheteurs, l'avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne ;*
- *3° Pour les marchés de services sociaux et autres services spécifiques, l'avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne.*

Article R 2183-2

L'avis d'attribution est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

197

IX. Exécution du marché

198

A. Les avances

- ☐ L'avance est le versement d'une partie du montant d'un marché public au titulaire de ce contrat avant tout commencement d'exécution de ses prestations. Elle constitue, à la différence de l'acompte, une dérogation à la règle du « service fait » .
- ☐ L'avance facilite l'exécution des marchés publics et assure un égal accès à ces contrats à toutes les entreprises, qu'elles disposent ou ne disposent pas d'une trésorerie suffisante pour débiter l'exécution des prestations.
- ☐ Les clauses du marché relatives au taux et aux conditions de versement de l'avance ne peuvent être modifiées en cours d'exécution.

199

Dispositions générales

1. Principe de versement d'une avance

- ☐ Une avance est versée lorsque le montant initial du marché ou de la tranche est supérieur à 50 000 euros hors taxes et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois.
- ☐ L'acheteur peut prévoir le versement d'une avance dans les cas où elle n'est pas obligatoire. Le titulaire du marché peut refuser le versement de l'avance.

2. Modalités de calcul du montant de l'avance

- ☐ Lorsqu'une partie du marché est sous-traitée, le montant initial du marché est diminué du montant des prestations confiées au sous-traitant et donnant lieu au paiement direct.

200

Lorsque la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % du montant initial toutes taxes comprises du marché.

Lorsque la durée du marché est supérieure à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % d'une somme égale à douze fois le montant initial toutes taxes comprises du marché divisé par sa durée exprimée en mois.

Lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2351-12, le seuil de 5 % mentionné aux deux alinéas précédents est porté à 20 %.

L'acheteur peut porter le montant de l'avance de 30 % du montant calculé conformément aux dispositions de l'article R. 2391-4 à un maximum de 60 % à la condition que le titulaire constitue une garantie à première demande conformément aux dispositions de l'article R. 2391-25.

☞ Le montant de l'avance ne peut être affecté par la mise en œuvre d'une clause de variation de prix.

☞ Les clauses du marché précisent les conditions de versement de l'avance, ainsi que son taux.

201

3. Modalités de remboursement de l'avance

☞ Le remboursement de l'avance s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixées par les clauses du marché par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif ou de solde.

Dans le silence du marché, ce remboursement s'impute sur les sommes dues au titulaire quand le montant des prestations exécutées atteint 65 % du montant toutes taxes comprises du marché.

☞ Le remboursement de l'avance doit être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant toutes taxes comprises du marché.

202

B. Les acomptes

1. La procédure de versement des acomptes au titulaire du marché public

1.1. Le paiement des acomptes constitue un droit pour le titulaire du marché public

- ☐ Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit au versement d'acomptes.
- ☐ Le versement d'acomptes mensuels ne fait ainsi pas obstacle à ce que l'acheteur demande, lors du décompte des travaux faisant suite à la résiliation du marché public, le remboursement d'un trop perçu à raison des prestations non exécutées.
- ☐ Les sous-traitants bénéficiant du paiement direct ont également droit au paiement d'acomptes. A cet effet, ils adressent au titulaire leurs demandes de paiement libellées au nom de l'acheteur.

203

2.3 Une retenue de garantie peut être prélevée sur les acomptes

- ☐ Selon l'article R. 2191-34 du CCP, *lorsque le marché public prévoit un délai de garantie, une retenue de garantie peut être prélevée par fractions sur chacun des versements autres qu'une avance.*
- ☐ Dans ce cas, le montant versé au titulaire du marché public au titre d'un acompte est diminué de la fraction correspondante de la retenue de garantie.
- ☐ La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie.
« Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des modifications en cours d'exécution. » (R.2191-33 CCP).

204

- ☐ La retenue de garantie peut être remplacée, au gré du titulaire, par une garantie à première demande ou, si l'acheteur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire. Cette substitution est possible pendant toute la durée du marché public.
- ☐ Dans l'hypothèse où la garantie ou la caution ne seraient pas constituées ou complétées au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet la demande de paiement correspondant au premier acompte, la fraction de la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée.
- ☐ Au moment de l'établissement du décompte général et définitif du marché public et au plus tard à l'expiration du délai de garantie, l'acheteur décide de la suite à donner à la garantie.

205

☐ **S'il s'agit d'une retenue de garantie :**

- Soit l'acheteur la restitue au titulaire, si le marché public n'a fait l'objet d'aucune réserve à la réception et pendant le délai de garantie, ou si ces réserves ont été levées ;
- Soit il la conserve en tout ou en partie, si les réserves formulées n'ont pas été levées.

☐ **S'il s'agit d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire :**

- Celle-ci cesse de produire ses effets un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie ;
- Si des réserves ont été notifiées au titulaire du marché public et aux établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, les établissements sont libérés de leurs engagements un mois au plus tard après la date de leur levée par l'acheteur.

☐ **Le paiement des acomptes doit respecter le délai de paiement applicable au pouvoir adjudicateur**
(30 jours pour les collectivités locales)

206

C. Cession ou nantissement des créances

- ☐ Le titulaire d'un marché ou son sous-traitant accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder la créance qu'il détient sur un pouvoir adjudicateur à un établissement de crédit ou à un fournisseur pour obtenir des liquidités.
- ☐ Le titulaire d'un marché peut nantir la créance qu'il détient sur l'acheteur auprès d'un établissement de crédit ou d'un autre créancier.
- ☐ La mise en œuvre des dispositions relatives à la cession de créances dans le CCP doit être associée à l'application des régimes de cession de créance prévus par le Code civil ou le Code monétaire et financier.

207

1. Quelles créances peuvent faire l'objet d'une cession ?

- ☐ Les titulaires de marchés ou leurs sous-traitants ne peuvent céder que les créances qu'ils détiennent en propre sur le pouvoir adjudicateur.
- ☐ *Le titulaire ne peut pas céder une partie sous-traitée du marché* (Article R.2191-56 du CCP).

2. Quels sont les différents modes de cession ?

- ☐ La cession de créance résultant de l'exécution d'un marché public peut être opérée sous deux régimes juridiques distincts :
 - La cession de créance de droit commun (art. 1321 et suivants du code civil) : contrat par lequel le créancier cédant (titulaire d'un marché) transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé acheteur public) à un tiers appelé le cessionnaire. Le titulaire d'un marché peut payer un fournisseur en lui cédant la créance née du marché.
 - La cession de créance « Dailly », (art. L. 313-23 et s. du code monétaire et financier) : cessions de créances professionnelles réalisées au bénéfice d'un établissement de crédit ou d'une société de financement.

208

D. Délai de paiement

1. Le délai de paiement

➤ 30 jours pour :

- L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux

➤ 50 jours pour :

- les établissements publics de santé
- les établissements du service de santé des armées.

209

2. Les modalités de calcul du délai de paiement

2.1. Les cas généraux de point de départ du délai de paiement

- En principe, le délai de paiement court à compter de la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur ou, si le contrat le prévoit, par le maître d'œuvre ou toute autre personne habilitée à cet effet.

2.2. La suspension du délai de paiement par le pouvoir adjudicateur

- ☐ Si le pouvoir adjudicateur constate que la demande de paiement du créancier ne comporte pas l'ensemble des pièces et des mentions prévues par la loi ou par le contrat ou que celles-ci sont erronées ou incohérentes, il peut suspendre le délai de paiement, dans la limite d'une fois (article R. 2192-27 du CCP).
- ☐ Le pouvoir adjudicateur doit préciser au créancier, à l'occasion de cette suspension unique, toutes les raisons qui s'opposent au paiement. A compter de la réception de la totalité des éléments demandés, un nouveau délai de paiement est ouvert. Il est de 30 jours ou égal au solde restant à courir à la date de réception de la notification de la suspension si ce solde est supérieur à 30 jours.

210

3. Les conséquences du retard de paiement

➤ **Fait courir, de plein droit** et sans autre formalité, **des intérêts moratoires** à compter du jour suivant l'expiration du délai de paiement ou l'échéance prévue au contrat (articles L. 2192-13 et R. 2192-32 du code de la commande publique) ;

Le taux des intérêts moratoires est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de 8 points de pourcentage.

➤ Donne lieu, de plein droit et sans autre formalité, au versement d'une **indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement de 40 euros** (articles L. 2192-13 et D. 2192-35 du CCP).

211

E. Le droit au paiement direct des sous-traitants

1. Les sous-traitants de premier rang peuvent bénéficier, sous certaines conditions, du droit au paiement direct

☐ Seul le sous-traitant accepté par l'acheteur et dont les conditions de paiement ont été agréées par celui-ci, peut bénéficier du droit au paiement direct des prestations qu'il a exécutées.

☐ C'est pourquoi, le sous-traitant ne peut prétendre au paiement direct des prestations exécutées antérieurement à la décision d'acceptation et d'agrément de l'acheteur.

☐ Par ailleurs, le droit au paiement direct du sous-traitant est subordonné à la condition que le montant de la sous-traitance soit égal ou supérieur à 600 euros TTC.

212

1.2. Les sous-traitants de second rang ne bénéficient pas du droit au paiement direct.

☞ Il résulte des articles L. 2193-10 et L. 2193-11 du CCP que *seul le sous-traitant de premier rang peut bénéficier, sous certaines conditions, du droit au paiement direct.*

☞ Néanmoins, afin de protéger les sous-traitants faisant l'objet d'une sous-traitance en chaîne, l'article L. 2193-14 du CCP dispose que *le sous-traitant direct doit délivrer au sous-traitant de second rang une caution ou une délégation de paiement.*

☞ Cette délégation de paiement est une forme contractuelle de paiement direct qui permet à l'acheteur, sur instruction du sous-traitant de premier rang, de régler directement le sous-traitant de second rang en déduction des sommes dues à ce dernier.

213

2. Modalités de paiement.

☞ Le sous-traitant qui entend bénéficier du paiement direct adresse sa demande au titulaire sous pli recommandé avec accusé de réception ou la dépose directement auprès de lui contre récépissé.

Cette demande de paiement direct doit correspondre au solde des travaux effectués ou à un acompte.

☞ A compter de l'accomplissement de cette formalité, le titulaire dispose d'un délai de 15 jours pour accepter ou refuser la demande de paiement direct.

Pour ce faire, il examine la demande et vérifie si elle correspond aux prestations qui ont effectivement été exécutées par le sous-traitant. Le titulaire peut accepter la totalité des pièces justificatives, une partie des pièces justificatives et en rejeter certaines ou bien rejeter l'ensemble de la demande.

☞ Une fois sa décision prise, le titulaire la notifie au sous-traitant et à l'acheteur.

214

☞ En cas d'acceptation expresse, il joint au projet de décompte adressé à l'acheteur ou son représentant une attestation et indique le montant des sommes à prélever au profit du sous-traitant.

☞ Dans l'hypothèse où le titulaire oppose un refus de paiement direct au sous-traitant, il doit motiver sa décision auprès du sous-traitant et de l'acheteur.

L'acheteur n'a pas à apprécier la légalité du motif invoqué par le titulaire à l'appui de son refus.

☞ A l'issue du délai de 15 jours, le titulaire qui ne s'est pas manifesté est réputé avoir accepté la demande de paiement direct adressée par le sous-traitant.

215

F. La modification du marché (les avenants)

1. Les hypothèses dans lesquelles la modification des contrats en cours d'exécution peut être admise

☞ Le marché peut être modifié lorsque les **modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux** sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage, (*article R.2194-1 du CCP*).

☞ Lorsque, des **travaux, fournitures ou services supplémentaires**, quel que soit leur montant, sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, **à la condition qu'un changement de titulaire soit impossible** pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial, (*article R.2194-4 du CCP*).

Les modifications effectuées ne doivent pas entraîner une augmentation du contrat supérieure à 50% du montant initial. Si plusieurs modifications successives sont réalisées, cette limite a vocation à s'appliquer au montant de chaque modification

216

☞ Lorsque la modification est rendue nécessaire par **des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir**. Dans ce cas, les dispositions des articles R. 2194-3 et R. 2194-4 sont applicables, (*article R.2194-5 du CCP*).

☞ **Lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché**, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial, (*article R.2194-6 du CCP*).

217

☞ **Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles.**

Pour l'application de l'article L. 2194-1, une modification est substantielle, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie :

1° Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;

2° Elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;

3° Elle modifie considérablement l'objet du marché ;

4° Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R. 2194-6. (*article R.2194-7 du CCP*).

218

📁 Le montant des modifications envisagées est de faible montant

Le marché peut être modifié lorsque le montant de la modification :

- est inférieur aux seuils européens
- et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures
- ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux,

Lorsque plusieurs modifications successives relevant de l'article R. 2194-8 sont effectuées, l'acheteur prend en compte leur montant cumulé (*article R.2194-9 du CCP*).

219

📁 Tout projet d'avenant à un marché d'une collectivité territoriale, d'un groupement de collectivités territoriales ou d'un établissement public local autre qu'un établissement public social et médico-social entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % doit, en outre, être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres lorsque le marché initial avait lui-même été soumis à cette commission.

L'assemblée délibérante qui statue le cas échéant est préalablement informée de cet avis.

Le fait qu'une modification du contrat en cours d'exécution ait pour effet de rendre son montant supérieur aux seuils européens n'a pas de conséquence juridique, à condition que le calcul de la valeur estimée du besoin auquel ce contrat répond ait été opéré dans le respect des dispositions applicables.

220

G. La résiliation du marché

- ☞ La résiliation d'un contrat peut être le fait d'une décision unilatérale prise par la personne publique.
- ☞ Deux situations sont à envisager :
 - La résiliation de plein droit ;
 - La fin anticipée imposée par la personne publique à son cocontractant.
- ☞ La résiliation est de plein droit lorsque le titulaire du marché se trouve dans l'impossibilité absolue d'en poursuivre l'exécution. **Deux situations justifient cette résiliation de plein droit :**
 - La force majeure, qui met le titulaire du marché dans l'impossibilité absolue de poursuivre l'exécution du marché, pour des raisons indépendantes de sa volonté et d'obstacles qui ne peuvent être surmontés;
 - La disparition du titulaire du marché (décès, faillite ou incapacité civile).

221

- ☞ L'indemnisation peut être prévue par le contrat. Le titulaire du contrat ne pourra se voir indemnisé que des pertes subies qui sont imputables à l'évènement constitutif de force majeure, à l'exclusion de toute autre indemnité.
- ☞ A l'inverse, la résiliation de plein droit causée par la disparition du titulaire du marché n'ouvre droit à aucune indemnité.

Fin anticipée du marché imposée par la personne publique à son cocontractant

- ☞ La personne publique peut provoquer une fin anticipée du marché, soit dans l'intérêt général, soit pour sanctionner une faute du titulaire.

222

A - Résiliation pour motif d'intérêt général

☐ La personne publique dispose toujours du droit de résilier unilatéralement le marché pour un motif d'intérêt général et ce, même en l'absence de clause contractuelle en ce sens. La contrepartie est l'entière indemnisation du titulaire qui, par définition, n'a commis aucune faute.

Une clause privant la personne publique de ce droit de résilier est réputée nulle.

☐ Les motifs de résiliation pour motif d'intérêt général peuvent être, par exemple :

➤ L'abandon d'un projet (*CE, 23 avril 2001, n° 186424*), notamment en raison des difficultés techniques rencontrées en cours d'exécution;

➤ Le fait, non fautif, que le cocontractant ne dispose plus des garanties suffisantes pour remplir ses obligations (*CE, 31 juillet 1996, n° 126594*).

223

☐ L'indemnisation doit couvrir l'intégralité du dommage subi par le titulaire du marché, à condition qu'il puisse en justifier le montant, et que cela n'aboutisse pas à un enrichissement indu.

Elle prend en compte les dépenses engagées (caractère certain des pertes subies, ainsi que le gain manqué par le titulaire (*CE, 16 février 1996, n° 82880*)).

En vertu de la liberté contractuelle dont disposent les parties, le contrat, par **une clause expresse, peut exclure toute indemnisation ou prévoir une indemnisation transactionnelle moindre** que le montant du dommage, ou même une indemnisation supérieure à condition qu'elle ne soit pas disproportionnée et n'ait pas pour effet de dissuader l'administration d'exercer son droit de résiliation pour motif d'intérêt général (*CAA Versailles, n° 04VE01381*).

224

☞ Article 46-4 du CCAG travaux s'agissant de la résiliation du marché pour motif d'intérêt général :

Lorsque le représentant du pouvoir adjudicateur résilie le marché pour motif d'intérêt général, le titulaire a droit à une **indemnité de résiliation**, obtenue en appliquant au montant initial hors taxes du marché, diminué du montant hors taxes non révisé des prestations reçues, un pourcentage fixe par les documents particuliers du marché ou, **à défaut, de 5 %**.

Le titulaire a droit, en outre, à être indemnisé de la part des frais et investissements, éventuellement engagés pour le marché et strictement nécessaires à son exécution, qui n'aurait pas été prise en compte dans le montant des prestations payées. Il lui incombe d'apporter toutes les justifications nécessaires à la fixation de cette partie de l'indemnité, dans un délai de quinze jours après la notification de la résiliation du marché.

Le titulaire doit, à cet effet, présenter une demande écrite, dûment justifiée, dans le délai de deux mois compté à partir de la notification de la décision de résiliation.

225

B - Résiliation pour faute du titulaire.

☞ Pour décider une résiliation unilatérale pour faute, cette dernière doit présenter un caractère de gravité que le juge administratif contrôle.

☞ Les hypothèses dans lesquelles la personne publique peut prononcer la résiliation à titre de sanction ainsi que la procédure à suivre, sont précisées par les cahiers des clauses administratives générales. Il existe deux types de résiliation pour faute : la résiliation simple et la résiliation aux frais et risques.

1. Résiliation simple

☞ Dans cette hypothèse, la personne publique supporte les conséquences de cette résiliation. Elle devra donc éventuellement passer un nouveau marché. Le titulaire est dégagé de ses obligations contractuelles et ne pourra percevoir d'indemnisation.

226

2. Résiliation aux frais et risques

Cette résiliation impose au titulaire défaillant le surcoût engendré par la passation d'un marché de substitution pour achever les prestations faisant l'objet du marché.

Deux conditions sont posées pour que le marché de substitution soit opposable au titulaire du marché initial :

- Le marché doit porter sur les prestations restantes qui sont celles définies dans le marché initial. Le dossier de consultation du nouveau marché ne pourra donc comporter aucune modification par rapport au premier contrat ;
- L'entrepreneur défaillant qui se verra notifier la décision de passer un nouveau marché, pourra surveiller sa passation et suivre les prestations exécutées par le nouveau titulaire. Il dispose en effet d'un droit à suivre le marché de substitution afin de préserver ses intérêts (*CE, 10 juin 1932, sieur Bigot, Rec. p. 572*).

227

☐ **Mise en demeure préalable.** Les CCAG prévoient qu'une mise en demeure préalable doit être adressée au titulaire du marché. Même si le cahier des clauses particulières du marché peut déroger à cette stipulation, il est déconseillé de s'abstenir d'une telle formalité, notamment en cas de résiliation pour faute.

☐ Cette formalité substantielle est tout particulièrement requise en matière de résiliation aux frais et risques du titulaire (*CAA Lyon, 22 avril 2010, SM3A, n° 08LY01996 : « pour être prononcée aux torts et risques du titulaire, la résiliation doit, après mise en demeure restée infructueuse, préciser le motif qui conduit la personne responsable du marché à en interrompre l'exécution ; à défaut de mise en demeure et d'indication du motif, la résiliation doit être regardée comme ayant été prononcée pour un motif étranger à la faute du maître d'œuvre, ce qui fait obstacle à ce que soient mises à sa charge les conséquences onéreuses de l'achèvement de l'ouvrage »*).

228

☐ Cette mise en demeure est notifiée au titulaire par tout moyen permettant de donner date certaine à sa réception (remise en mains propres, recommandé avec accusé de réception). Elle devra impérativement préciser :

- les motifs de la mise en demeure ;
- l'indication d'un délai raisonnable permettant au titulaire de remédier à la situation ;
- la sanction encourue en cas de manquement avéré, à savoir la résiliation du marché (simple ou aux frais et risques).

☐ S'il n'est pas donné suite à la mise en demeure, la personne publique peut résilier unilatéralement le marché.

Cette décision doit être motivée et mentionner expressément le type de résiliation et sa date d'effet.

Elle doit être accompagnée d'un décompte de liquidation, qui récapitule les débits et crédits du titulaire du marché après inventaire contradictoire des prestations réalisées.

Ce décompte financier ne pourra être totalement établi au moment de la décision de la résiliation prononcée aux frais et risques. En effet, dans cette hypothèse, le règlement financier du marché initial ne pourra être fait qu'après exécution complète du marché de substitution.

La décision de résiliation est notifiée au titulaire, par tout moyen permettant de donner date certaine à sa réception.

229

Les dispositions transitoires liées à la crise sanitaire

Le décret n° 2020-893 du 22 juillet 2020 relève temporairement le seuil de dispense de procédure pour les marchés publics de travaux et de fourniture de denrées alimentaires.

Marchés concernés	Marché public de travaux	Lot d'un marché public de travaux	Marché de fourniture de denrées alimentaires	Lot d'un marché de fourniture de denrées alimentaires
Seuil maximum relevé	Jusqu'à 70 000 € HT	Jusqu'à 70 000 € HT <small>(à condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots)</small>	Jusqu'à 100 000 € HT	Jusqu'à 80 000 € HT <small>(à condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots)</small>
Procédure applicable	Marché public sans publicité ni mise en concurrence	Marché public sans publicité ni mise en concurrence	Marché public sans publicité ni mise en concurrence	Marché public sans publicité ni mise en concurrence
Fin de la dérogation	10 juillet 2021		Pour les produits livrés avant le 10 décembre 2020 (mais qui doivent avoir été fabriqués avant le 10 juillet 2020)	

Les dispositions transitoires liées à la crise sanitaire

Dématérialisation des « petits » marchés »

Le rehaussement du seuil concerne aussi la dématérialisation. Autrement dit, la publication de l'avis de publicité sur une plateforme et les échanges avec les candidats n'ont pas à être obligatoirement dématérialisés (art. R 2132-2 du code de la commande publique).

Résumé des dispositions applicables aux marchés publics de travaux (ou lots) dont le montant est inférieur a 70 000 € HT

Nombre d'entreprises sollicitées	Procédure	Référence du code de la commande publique	Publicité	Critères de choix définis préalablement
Une seule	Marché sans publicité ni mise en concurrence préalables	Article R 2122-8	Aucune Contact direct avec l'entreprise	Non
Plusieurs	Marché à procédure adaptée	Article R 2123-1	Au choix : contact avec plusieurs entreprises directement ou publication d'un avis sur une plateforme ou dans la presse	Oui

231

Les dispositions transitoires liées à la crise sanitaire

L'ordonnance n° 2020-738 du 17 juin 2020 vise à faciliter l'accès à la commande publique des entreprises les plus impactées, notamment les PME et les artisans.

Redressement judiciaire. Les entreprises en redressement judiciaire qui bénéficient d'un plan de redressement peuvent se porter candidates aux contrats de la commande publique sans avoir à démontrer qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible du contrat.

Cette mesure s'appliquera jusqu'au 10 juillet 2021, soit 1 an après la fin de l'état d'urgence sanitaire.

Quota de PME-artisans dans la commande publique. Les acheteurs publics seront tenus, jusqu'au 10 juillet 2021, de réserver aux PME et aux artisans l'exécution d'au moins 10 % de la valeur estimée de leurs marchés globaux.

Assouplissement de l'appréciation de la capacité économique et financière des candidats. Les acheteurs publics ne doivent pas tenir compte, dans l'appréciation de la capacité économique et financière des candidats aux marchés publics ou contrats de concessions, de la baisse du chiffre d'affaires intervenue au titre du ou des exercices sur lesquels s'imputent les conséquences de la crise sanitaire liée à l'épidémie de covid-19. La mesure restera en vigueur jusqu'au 31 décembre 2023.

232

Quelques définitions

1. Concessions de travaux

Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés.

233

2. Concessions de service public

Un contrat de concession de services a pour objet la gestion d'un service. Il peut consister à concéder la gestion d'un service public.

Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

La délégation de service public mentionnée à l'article L. 1411-1 du CGT est une concession de services ayant pour objet un service public et conclue par une collectivité territoriale, un établissement public local, un de leurs groupements, ou plusieurs de ces personnes morales.

234

3. Concessions d'aménagement

La concession d'aménagement est un contrat par lequel la personne publique ayant pris l'initiative de l'opération en délègue l'étude et la réalisation à un aménageur public ou privé.

Le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution. Il peut être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par la voie d'expropriation ou de préemption.

Il procède à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession.

235

Les actions ou opérations d'aménagement ont pour objets de mettre en oeuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels.

L'aménagement, au sens du présent livre, désigne l'ensemble des actes des collectivités locales ou des établissements publics de coopération intercommunale qui visent, dans le cadre de leurs compétences, d'une part, à conduire ou à autoriser des actions ou des opérations définies dans l'alinéa précédent et, d'autre part, à assurer l'harmonisation de ces actions ou de ces opérations.

(Source : Art. L300-1 du code de l'urbanisme)

236

4. Marché de partenariat

Un marché de partenariat est un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

Cette mission globale peut en outre comprendre :

- 1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;
- 2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;
- 3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

237

MERCI DE VOTRE ATTENTION

Christophe FORCINAL

Avocat Associé

Droit Public

christophe.forcinal@sofiges-avocats.com

SOFIGES

Société d'avocats

3, Rue du 33^{ème} Mobiles

72016 LE MANS CEDEX 2

Tel : 02 43 81 00 81

Fax : 02 43 82 64 80

Mob: 07 84 00 65 35

238